

INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN

INCIDENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN EL PROCESO CIVIL CONFORME AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO

Rafael Antonio Matos Rodelo

Sergio Forero Mesa

Investigadores

Liliana Damaris Pabón Giraldo

Asesora temática

Universidad de Medellín

Maestría en Derecho Procesal

Facultad de Derecho

Agosto 2015

Medellín

TABLA DE CONTENIDO

PÁG.

1. TÍTULO	7
2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	8
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	17
4. MARCO TEÓRICO	23
CAPÍTULO I: ORALIDAD EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	26
1. Escritura y Oralidad.	26
2. Elementos Esenciales de la Oralidad.	30
3. Elementos Esenciales de la Escritura.	33
4. La Oralidad Principio o Regla Técnica del Procedimiento Civil.	41
5. El Proceso Concentrado.	44
6. La Publicidad.	46
7. La Inmediación.	48
8. Del Código General del Proceso como apuesta a la oralidad civil en Colombia.	52
9. La implementación de la oralidad desde La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.	56
CAPÍTULO II: LA PRUEBA PERICIAL COMO MEDIO DE PRUEBA Y ACTO DE CONTRADICCIÓN EN AUDIENCIA POR PARTE DE LOS SUJETOS PROCESALES CONFORME AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	62
INTRODUCCIÓN	62
A. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN	
1. Concepto del derecho de contradicción.	63

2.	Objeto y fin del derecho de contradicción.	68
3.	Naturaleza del derecho de contradicción.	73
4.	Posturas que puede asumir el demandado cuando ejerce el derecho de contradicción.	79
5.	El derecho de contradicción en los sujetos procesales.	82
6.	Diferencias entre el derecho de contradicción y defensa.	83
7.	Importancia del derecho de contradicción en la formación de los medios de prueba.	87
	B. LA PRUEBA PERICIAL	92
1.	Reseña histórica de la prueba pericial.	92
2.	Importancia de la prueba pericial.	96
2.1.	Obligatoriedad del dictamen pericial en materia civil.	96
2.2.	Obligatoriedad del dictamen pericial en materia comercial.	99
2.3.	Obligatoriedad del dictamen pericial en materia de familia.	100
3.	Pericia, experticia, dictamen y peritaje.	101
4.	La pericia como medio de prueba.	103
5.	Naturaleza jurídica de la prueba pericial.	106
6.	Admisibilidad de la prueba pericial.	112
7.	Objeto de la prueba pericial.	118
7.1.	Los hechos controvertidos.	120
7.2.	El derecho extranjero.	121
7.3.	La costumbre.	122
7.4.	Las máximas de la experiencia.	122
8.	Características de la Prueba Pericial.	124
9.	El informe pericial y el informe de entidades públicas.	127
10.	Dictamen pericial en materia civil, agraria, familia y comercial.	132
11.	La prueba pericial una mirada desde el derecho comparado .	134
11.1	Derecho Español.	134

11.2 Derecho Argentino.	138
11.3 Derecho Norteamericano.	141
11.4 Derecho Chileno.	142
11.5 Derecho Mexicano.	144
11.6 Derecho Peruano.	146
11.7 Derecho Brasileiro.	149
CAPÍTULO III: FORMAS DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL DENTRO DEL CONTEXTO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO	153
INTRODUCCIÓN	153
1. Aportación de parte de la Prueba Pericial.	154
2. Contradicción del Dictamen Pericial.	158
2.1. Comparecencia del perito a la audiencia.	158
2.2. Aporte de otro dictamen por la contraparte.	161
3. La aclaración o complementación de la pericia.	162
3.1. Dictamen aportado por la parte.	164
3.2. Dictamen ordenado de oficio.	170
4. Objeción por error grave del Dictamen pericial.	174
5. Disposiciones del Juez respecto de la prueba pericial en general.	184
6. Práctica y contradicción del dictamen pericial.	188
7. Deber de colaboración de las partes.	189
CAPÍTULO IV: POSTULADOS QUE DEBEN TENER LOS SUJETOS PROCESALES E INTERVINIENTES DENTRO DEL DEBATE CONTROVERSIAL DE LA PRUEBA PERICIAL	193
INTRODUCCIÓN	193
1. Postulados del perito.	193
1.1. Independencia.	193
1.2. Imparcialidad.	197
1.3. Buena fe.	200

1.4. Moralidad	202
2. Postulados del juez.	203
2.1. Independencia	209
2.2. Imparcialidad	215
2.3. Dirección material	215
2.4. Oralidad	216
2.5. Igualdad real	219
2.6. Debido proceso	222
2.7. Inmediatez	224
2.8. Publicidad	225
3. Postulados del demandante, demandado, intervinientes y terceros.	226
3.1 Buena fe	227
3.2. Intervención litisconsorcial	227
3.3. Interviniente excluyente	228
3.4. Llamamiento en garantía	228
3.5. Llamamiento al poseedor	228
3.6. Terceros	
5). Objetivos:	231
5.1- Objetivo general	231
5.2- Objetivos específicos	231
6). Propósito	232
7). Hipótesis	233
8). Metodología	234
A. Tipo de estudio	234
B. Diseño del Plan de Datos	235
<ul style="list-style-type: none"> • Gestión del dato • Obtención del dato • Recolección del dato • Prueba piloto 	

C. Plan de Análisis	236
D. Procesamiento de Datos	238
9). Resultados	239
10). Conclusiones	249
11). Recomendaciones.	255
11.1 Para el legislador.	255
11.2 Para la rama judicial.	255
11.3 Para los funcionarios judiciales.	256
11.4 Para los peritos.	257
11.5 Para las partes.	258
11.6 Para los terceros.	260
12). Ética	261
13). Bibliografía	262
14). Anexos	274

1. TÍTULO

**INCIDENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL DERECHO DE
CONTRADICCION DE LOS SUJETOS PROCESALES EN EL PROCESO
CIVIL CONFORME AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO
COLOMBIANO**

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Una justicia paquidérmica necesariamente constituye factor desequilibrante para cualquier modelo de sociedad democrática, no solo genera desaprobación de la opinión pública, pues en vez de constituirse en un factor de pacificación de los conflictos intersubjetivos de intereses, también estimula otras formas para la solución de éstos, entre ellas el uso violento de la fuerza por fuera del derecho; además, dentro del ámbito internacional hace que la inversión extranjera sea tímida, dado que deshonrosamente la justicia colombiana es una de las más lentas del mundo¹.

Como constante histórica desde el nacimiento de nuestra República y especialmente desde finales de los años ochenta y principios de los noventa, en Colombia se ha venido hablando de congestión de la administración de justicia, por ello el Estado ha generado políticas estatales que permiten, someter las controversias judiciales a través de un sistema en el cual se destaca la prevalencia de la oralidad.

Muestra de ello se tiene:

¹ En el tercer debate de la ya aprobada Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, se decía en la exposición de motivos:

“Más preocupantes son los resultados en relación con el subindicador de celeridad, que tiene que ver con el tiempo que se demora una persona en el país para resolver judicialmente la disputa tipo o modelo del Doing Business, calculado desde la presentación de la demanda en el juzgado hasta el momento del pago efectivo al acreedor. En efecto, según el mismo estudio Doing Business 2011, Colombia ocupa en el contexto mundial el puesto 178 entre 183 países, siendo entonces la justicia colombiana, la sexta más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe. Dicha posición fue confirmada en el estudio Doing Business 2012, según el cual Colombia se encuentra en el puesto 177 entre 183 países (séptima justicia más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe).”

1) Con base en el Acto Legislativo Nro. 3 de 2002, se expidió la ley 906 de 2004, reglándose el procedimiento penal y la oralidad en su interior, el que comprende según la Corte Constitucional² un sistema con características propias, así indicaba la Corte:

Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo. Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

2) El 8 de noviembre de 2006 se expidió la ley 1098- Ley de Infancia y Adolescencia la cual ya tuvo su realización final a 31 de diciembre de 2009.

Como lo sostuviera el Consejo Superior de la Judicatura³, esta ley se fundamenta filosóficamente en la protección integral de los menores, establecida por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Constitución Política con el fin de garantizar los derechos y libertades de las niñas, niños y adolescentes, así como las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado frente a ellos, y las medidas para restituir y preservar estos derechos, en caso de ser vulnerados.

La ley establece la responsabilidad penal de los adolescentes entre los 14 y los 18 años con un avance en cuanto a la garantía del debido proceso, la doble instancia, la defensa técnica y autoridades especiales para la atención de los procesos.

El código implanta un modelo de justicia especializada acorde con el sistema penal acusatorio en todo lo que no afecte el interés superior del niño y adolescente y con un carácter estrictamente pedagógico y reeducativo.

3) El proceso disciplinario con la expedición de la ley 1123 de 2007 (mayo/07). Con respecto a la justiciabilidad disciplinaria de los abogados el código disciplinario del abogado, consagra como principio axial de su estructura la oralidad y la inmediación del juez disciplinario durante todo el desarrollo dialéctico del proceso, obviamente con la contradicción oral de las pruebas y argumentos.

³Disponible en: [http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/CSJ/DESAFIOS%20DEL%20SISTEMA%20JUDICIAL\[1\].pdf](http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/CSJ/DESAFIOS%20DEL%20SISTEMA%20JUDICIAL[1].pdf) Consultado el 3 de febrero de 2014

4) Posteriormente la ley 1149 de 2007, preceptuó que la implementación del sistema oral en la especialidad laboral se haría en forma gradual en un término no superior a cuatro (4) años, a partir del 1 de enero de 2008. Fase que se encuentra cumplida ya en todo el territorio nacional. Aunque dada la gran carga de estos despachos existen aún despachos de descongestión.

5) En la justicia contenciosa administrativa la ley 1437 de 2011, dispuso que a partir del 12 de julio de 2012 entraría a regir la oralidad en tales materias.

6) En materia civil, siguiendo el mandato contenido en la ley 1285 de 2009⁴ referente a la celeridad y la oralidad en los procesos jurisdiccionales, con la expedición de la ley 1395 de 2010, se da el primer paso para lograr tal propósito, es decir, que la administración de justicia resultare pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento.

En efecto, la ley 1395 de 2010 que ya rige en su integridad en algunos distritos judiciales⁵, no solo dispuso parámetros que permitieron en alguna medida la descongestión de los atiborrados despachos judiciales, sino que

⁴ Ley 1285 de 2009. Artículo 4o. Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.

⁵ Rige en los Distritos Judiciales de Manizales, Florencia, San Gil , Valledupar, San Andrés y Providencia, Armenia, Arauca, Barranquilla, Cali, Cúcuta, Medellín, Pamplona, Bogotá, Bucaramanga, Cartagena, Pereira, Popayán, Riohacha, Santa Marta, Santa Rosa de Viterbo y Sincelejo.

estableció sin ambages, el que ciertas actuaciones se realizaran de manera oral y en donde la prueba pericial por supuesto se rindiera a través del argumento oral en audiencia.

Ahora bien, el Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012, adopta un sistema mixto de oralidad en la que se distingue una fase escrita que avanza inclusive hasta la integración del contradictorio y otra fase oral que redundará en un sistema de gestión más eficiente de solución de conflictos.

El panorama reseñado evidencia la implementación de estatutos procesales con diligencias orales por audiencias, mismos que incluyen la aceptación de los avances tecnológicos los cuales han tenido inferencia en el derecho civil desde la expedición de la Ley 527 de 1999⁶, en la cual se destacan elementos de gran trascendencia como la aceptación de la tecnologías en el desarrollo y práctica de la prueba. Al respecto, es necesario aclarar que ciencia o tecnología en el derecho, no significa de manera alguna infabilidad, como con acierto describe Popper⁷:

La ciencia no es un sistema de enunciados seguros y bien asentados, ni uno que avanzase firmemente hacia un estado final. Nuestra ciencia no es conocimiento (episteme): nunca puede pretender que ha alcanzado la verdad, ni siquiera el sustituto de ésta que es la probabilidad.

Pero la ciencia tiene un valor que excede al de la mera supervivencia biológica; no es solamente un instrumento útil: aunque no puede alcanzar ni la verdad ni la probabilidad, el esforzarse por el conocimiento y la búsqueda de la verdad siguen constituyendo los motivos más fuertes de la investigación científica.

⁶ La Ley 527 de 1999 define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y firmas digitales.

⁷ Popper Karl R. La lógica de la investigación científica. Tecno Madrid. 1980. P. 259-260

No sabemos: sólo podemos adivinar. Y nuestras previsiones están guiadas por la fe en leyes, en regularidades que podemos descubrir — descubrir—: fe acientífica, metafísica (aunque biológicamente explicable). Como Bacon, podemos describir la propia ciencia contemporánea nuestra —«el método de razonar que hoy aplican ordinariamente los hombres a la Naturaleza»— diciendo que consiste en «anticipaciones, precipitadas y prematuras», y en «prejuicios».

Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o «anticipaciones » nuestras, tan maravillosamente imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas: una vez que se ha propuesto, ni una sola de nuestras «anticipaciones» se mantiene dogmáticamente; nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino que, por el contrario, tratamos de derribarlas. Con todas las armas de nuestro arsenal lógico, matemático y técnico, tratamos de demostrar que nuestras anticipaciones eran falsas —con objeto de proponer en su lugar nuevas anticipaciones injustificadas e injustificables, nuevos «prejuicios precipitados y prematuros», como Bacon los llamó con gran mofa.

Conforme a lo expuesto, en los últimos 20 años las reformas en la justicia ordinaria y contenciosa administrativa en Colombia han pretendido cumplir con el objetivo de agilizar los procesos judiciales, ejemplo de ello son la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos y la ejecución de instrumentos que no sólo democratizan el proceso sino que en alguna manera permiten mayor eficiencia al mismo. Igualmente la oralidad se aviene como una herramienta que permite cumplir con los deberes de celeridad y eficiencia procesal, donde sin duda alguna la controversia de la prueba pericial en audiencia, sin las eternas objeciones a las experticias- que en ocasiones sólo pretenden dilatar los procesos o incluso “mortificar” al contradictorio,- que se acostumbran interponer en el trámite del mismo, debe ser recibida con beneplácito por quienes participan en la resolución de conflictos a través de los diferentes mecanismos judiciales.

De esta manera, los nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, como lo es el Nuevo Código General del Proceso Colombiano, son una avanzada a obtener justicia presta; enmarcada dentro

de los principios de celeridad y eficacia en el debate de las causas judiciales, lo que redundará en el acortamiento de los plazos o términos procesales para finiquitar los conflictos civiles.

Sin hesitación alguna la unificación de los procedimientos judiciales, teniéndose en cuenta los nuevos avances tecnológicos, son una forma de cumplir con el objetivo propuesto.

Dentro del modelo de enjuiciamiento oral que se ha destacado y ya descendiendo al tema de estudio, la reforma procesal civil plantea un cambio significativo en la contradicción de la prueba pericial concentrada en audiencia por los sujetos procesales.

La reforma procesal civil, aun cuando no abandona el que el dictamen pericial sea ordenado oficiosamente por el juez, establece ya como presupuesto general que el mismo sea aportado bien con la demanda o con su contestación⁸ e incluso practicado como prueba extraprocesal⁹, dispone la ritualidad o trámite de su discusión acendrando el principio de la bilateralidad

⁸ Código General del Proceso. Artículo 48. Designación. Para la designación de los auxiliares de la justicia se observarán las siguientes reglas: 2. Para la designación de los peritos, las partes y el juez acudirán a instituciones especializadas, públicas o privadas, o a profesionales de reconocida trayectoria e idoneidad.

El director o representante legal de la respectiva institución designará la persona o personas que deben rendir el dictamen, quien, en caso de ser citado, deberá acudir a la audiencia.

⁹ Código General del Proceso. Artículo 189. Inspecciones judiciales y peritaciones. Podrá pedirse como prueba extraprocesal la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, con o sin intervención de perito.

Las pruebas señaladas en este artículo también podrán practicarse sin citación de la futura contraparte, salvo cuando versen sobre libros y papeles de comercio, caso en el cual deberá ser previamente notificada la futura parte contraria.

de la audiencia¹⁰ aunado a la asunción valorativa que el juez debe dar al dictamen mismo¹¹.

En punto a la temática que abordará esta investigación, se encuentra la actividad probatoria en el proceso civil concerniente a las posibilidad de contradicción de la prueba pericial por parte de los sujetos procesales, pues en principio como lo indica el artículo 228 del Código General del Proceso, en ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave, ello con la salvedad que en los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen pueda rendirse por escrito y someterse a contradicción, no solo solicitándose la aclaración o complementación de la experticia sino la práctica de una nueva, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada precisándose los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.

En el específico ámbito de impedirse la contradicción de la prueba pericial a través de la objeción al dictamen, ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema la Corte Constitucional en la sentencia C-124 de

¹⁰ Código General del Proceso. Artículo 228. Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuentes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor....

¹¹ Código General del Proceso. Artículo 232. Apreciación del dictamen. El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.

2011, cuyo argumento se centró en la libertad de configuración del legislador en tal materia, así expresó:

17. La instauración de la oralidad tiene efectos directos y definitivos en lo que respecta a la inmediación y contradicción de la prueba y, en especial para el caso que nos ocupa, del dictamen pericial. Adviértase cómo, el legislador de 2010 prevé que tanto las partes como el perito, en el ámbito propio de la audiencia, puedan controvertir al perito y al contenido del dictamen. En ese orden de ideas, la Corte considera que la norma acusada acoge reformas presentes en el derecho comparado, que tienden a reemplazar la valoración del dictamen a través de la confrontación del documento por las partes y juez, a la contradicción del dictamen en la misma audiencia. (...)

En fin, como sería contrario a la esencia del proceso que éste se convirtiera en una actividad interminable, no es contrario al contenido esencial de la garantía de contradicción que la ley discipline el ejercicio de las posibilidades que comporta, sometiéndolas a un régimen temporal que estimule la diligencia de los titulares de la garantía. Ese régimen temporal es diverso: plazos preclusivos, establecidos por la ley o por el tribunal –dotado de una potestad discrecional o dependiente de conceptos jurídicos indeterminados-; momentos procesales en los que las partes, que deberán haber sido suficientemente preavisadas, deberán realizar determinadas aportaciones.” (Subrayas no originales)

18. En conclusión, observa la Corte que existe una común y fundada opinión acerca de la aptitud de la audiencia para convertirse en el escenario idóneo de contradicción de las pruebas, entre ellas el dictamen pericial. Esto en contraposición con fórmulas de procedimiento civil escrito, que dificultan el logro de la inmediación, la concentración y la publicidad del trámite. La Ley 1395/10 pretende, en ese orden de ideas, privilegiar el modelo de la oralidad como método para garantizar los derechos fundamentales de las partes.

De allí que, sea éste el tema sobre el cual se centra esta investigación, por ser un tema novedoso y poco tratado en nuestro país.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

No han sido pocas las reformas legislativas y constitucionales al modelo de proceso consagrado en el decreto 1400 de 1970. A ésta, le fueron adosadas en procura de la agilización del proceso entre otras: el Decreto 2282 de 1989, la ley 23 de 1991, decreto 2651 de 1991, ley 446 de 1998, ley 794 de 2003, ley 1194 de 2008, ley 1395 de 2010; y dentro del campo constitucional la ley 270 de 1996, que fuera reformada con la expedición de la también estatutaria ley 1285 de 2009.

Aun cuando la Ley 1564 de 2012 fue expedida el 12 de Julio de 2012 y algunas de sus normas entraron a regir de manera inmediata. Sobre la nueva aproximación de la prueba pericial en el proceso civil conforme al nuevo estatuto procesal, en lo atinente a la contradicción y su reflejo sobre la celeridad del proceso no existen trabajos investigativos que hayan abordado el tópico.

La prueba pericial, ha adquirido día a día mayor relevancia, en tanto que las cuestiones litigiosas muchas de las veces se apoyan no en apreciaciones o percepciones de los hechos a través de los testigos, sino en la explicación científica artística o técnica que el experto da a conocer a las partes y por supuesto a su destinatario: el juez.

Por ello, esta investigación apunta a despejar o clarificar algunos interrogantes que surgen ante las variaciones en la contradicción de la prueba pericial, acorde a la nueva normativa; pues, aun cuando no es del todo innovadora la aportación privada del dictamen pericial, ni la contradicción repentina en audiencia de éste, como se hacía en los procesos verbales reglados conforme al código de procedimiento civil; si resulta relevante, la decapitación que sufre la pericia, pues la ausencia de la

objeción por error grave, aunado al debate en audiencia del dictamen dadas las posibilidades existentes desde el cuestionamiento de la idoneidad e imparcialidad del perito y sobre el contenido del dictamen, se ha generado un cambio de paradigma en el dialéctico debate del medio probatorio.

Necesariamente habrá de establecerse con rigor académico las posibilidades de respuesta que tengan las partes ante la aportación anticipada de la experticia, su discusión en la audiencia en tanto la idoneidad o no del perito y del método y conclusiones de su trabajo, la oportunidad para solicitar aclaraciones o complementaciones, en donde adquiere plena relevancia la inobjetabilidad de la pericia por error grave, situación novísima que se introdujo con la ley 1395 de 2010 en el derecho procesal Colombiano.

No es de poca monta el efecto que la reforma procesal tenga sobre la manera en que se abordan los litigios, pues habrá que esperar si los litigantes acogerán la oportunidad para hacer más rápido el proceso con la aportación primigenia del dictamen o esperarán el decreto oficioso de la prueba.

Mírese como de una prueba pericial sujeta a reglamento de listas oficiales de auxiliares de la justicia de carácter obligatoria, conformada la más de las veces por personas que no cuentan con conocimientos profundos técnicos, científicos o artísticos, se ofrece la posibilidad a las partes para que sean éstas quienes directamente aporten la prueba, liberándose del reglamento de listas sin detrimento de la facultad oficiosa del juez para ordenar la práctica de tal prueba.

Las reflexiones precedentes, ubican el tema que desarrolla la investigación, la cual tiene como propósito principal, ante la reforma procesal

civil en progreso, responder a las expectativas, que desde la expedición de la ley 1285 de 2009, han motivado discusión y recelo; y es lo relacionado con la prueba pericial, no sólo desde las exigencias que se requerirán para su aportación al proceso, su discusión y contradicción en audiencia, sino también a lo que concierne a la inobjetabilidad de la pericia por error grave¹².

Con respecto al dictamen aportado por una de las partes señala el artículo 227 de la Ley 1564 de 2012:

La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba. El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado.

De lo anterior se evidencia la relevancia que adquiere la parte y la carga procesal que debe asumir, pues será a ésta a quien le corresponderá llevar los elementos de juicio en las etapas iniciales del proceso sin que quede supeditada a listas oficiales de los auxiliares de la justicia.

Metodológicamente en la investigación se precisan los presupuestos basales de la prueba pericial, que como afirma Cajal Alonso¹³, se estructuran, en dos elementos muy distintos: (i) el acto pericial y (ii) el informe pericial.

¹² Ley 1564, artículo 228 inciso 4.

¹³ CAJAL ALONSO, GABRIEL et al. La prueba en el proceso penal. Valencia. 2000. Disponible en: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro103/lib103-10b.pdf>

De los elementos que estructura el autor citado se pueden aproximar estos conforme a nuestro ordenamiento jurídico a lo siguiente:

i) El acto pericial, corresponde a la actividad desplegada por el experto en cuanto a la observación, el reconocimiento y la descripción del objeto material de la pericia, es decir, del lugar, persona o cosa de que se trate, allí es donde el perito realiza las operaciones, estudios o análisis que sean necesarios, según las técnicas propias de su conocimiento especializado, a fin de poder conocer o valorar las cuestiones solicitadas por el juez o por las partes que constituyan pericia, y a reseñar el resultado de dichas operaciones. A partir de lo anterior, el experto formula las conclusiones a que haya llegado conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte.

ii) El informe pericial, que la reforma procesal mantiene por escrito, integra la parte valorativa de la pericia, en él se vierten la descripción del objeto material en el estado en que se halle y las operaciones técnicas llevadas a cabo y se explican las conclusiones a que ha llegado.

Como indica el autor parafraseado, anteladamente, “... *la pericia se estructura en silogismo, constituyendo los conocimientos especializados del perito la premisa mayor, el objeto de la pericia la premisa menor y el dictamen pericial su conclusión lógica*”¹⁴.

Al respecto y conforme a la norma, al recortarse la posibilidad de objetarse el dictamen pericial, pieza del engranaje de la reforma procesal civil, se contribuye a la celeridad del proceso, pues resulta incuestionable que los términos de duración del mismo se verán reducidos, venciendo la

¹⁴ CAJAL ALONSO, GABRIEL et al. La prueba en el proceso penal. Valencia. 2000. Disponible en: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro103/lib103-10b.pdf>

creencia que la atemporalidad del proceso se justifica en una supuesta averiguación de la verdad, concepto último que constituye desafuero a la tutela judicial efectiva. Sobre el tema Ferrer Beltrán¹⁵ alude:

...Es común advertir que una justicia lenta no es justicia. Con ese aforismo se quiere señalar entre otras cosas, que es un interés jurídico primordial que la solución para las controversias se produzca en un plazo de tiempo razonablemente corto, de modo que se resuelva el conflicto social o personal subyacente y que no se alargue la inseguridad jurídica (JACKSON, 204: 125-127). Además si se tiene en cuenta la función de motivación de la conducta a la que se ha hecho referencia con anterioridad, se podrá decir también que cuanto más se dilate la aplicación judicial de las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para el caso en que se realice o se omita la conducta condicionante, menor será la motivación que la norma en cuestión será capaz de producir. Por todo ello, parece claro que el interés por la averiguación de la verdad, que por sí solo justificaría largas investigaciones (y quizás un proceso decididamente inquisitivo) debe ponderarse con el interés por una decisión adoptada en un corto lapso temporal.

Dentro del marco de medidas reformadoras, la aportación práctica e incluso valoración del medio probatorio responde también al querer de reducir los inventarios de los funcionarios judiciales. En el informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 196 de 2011 – Cámara hoy Código General del Proceso Ley 1564 de 2011 se indicaba, con respecto a la congestión judicial que:

Los esfuerzos del aparato judicial y las medidas adoptadas por el legislador en aras de mejorar los procedimientos y acondicionarlos a las exigencias modernas, a pesar de ofrecer algunos resultados positivos ligeramente perceptibles, se han mostrado insuficientes para impactar notablemente el agudo problema que se concreta en la excesiva tardanza de la resolución judicial de los conflictos, que refleja las deficiencias del sistema de justicia para ofrecer respuesta oportuna a las demandas de los Colombianos.

¹⁵ FERRER BELTRAN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons. Madrid. 2007. P. 37

Los procedimientos regulados en el Código de Procedimiento Civil, originario de 1970 y sometido a algunas enmiendas (Decreto 2282 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, Ley 446 de 1998, Ley 794 de 2003, Ley 1194 de 2008, Ley 1395 de 2010, entre otras), fueron útiles en la época en la que fueron establecidos, pero exhiben importantes dificultades en su aplicación práctica de cara a la situación social contemporánea, amén de que el código ha dejado de ser un texto sistemático por cuanta de las citadas reformas.

Sobre el dictamen pericial, que ya se ha dicho su discusión se hará en audiencia de cara al juez y a las partes, y dado que el grueso de la reforma al procedimiento civil no ha tenido lugar, pues su implementación se hará de manera gradual, son pocos los estudios que han desarrollado el tema, razón por la cual se observa claramente que existe un vacío frente a la materia, el cual se hace necesario estudiar y analizar, de cara a lograr dentro del proceso una buena defensa judicial por las partes y una tutela judicial efectiva por parte del juez.

Razón por la cual se ha **FORMULADO EL SIGUIENTE PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:**

¿Cuál es la incidencia de la prueba pericial en el derecho de contradicción de los sujetos procesales en el proceso civil conforme al Código General del Proceso Colombiano?.

4. MARCO TEÓRICO

No es novísima la posibilidad que la aportación de la prueba pericial sea a instancia de parte, pues tal eventualidad se planteó desde la expedición de la ley 794 de 2003, en donde se reforma el contenido del artículo 183 del código de procedimiento civil en tanto que: *“...Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.”* Sobre la constitucionalidad de la norma citada dijo la Corte¹⁶:

Para garantizar el debido proceso, que incorpora los principios de contradicción y publicidad de la prueba, y a fin de evitar la presentación de pruebas ocultas o sorpresivas, el legislador prescribe en la norma demandada que la prueba podrá aportarse por las partes, pero sólo dentro de una etapa procesal específica.

Las partes gozan de la misma facultad para aportarlas, además de garantizárseles el derecho a controvertirlas por los medios y dentro de la oportunidad fijados en la ley. Por su parte el juez deberá decretar el peritazgo correspondiente en caso de existir contradicción entre varios de ellos.

Así entonces, la Sala considera que, en cumplimiento de la carga procesal que les asiste, es razonable que el legislador permita que las partes aporten pruebas, entre ellas los experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados, a fin de que el juez disponga de los elementos de juicio que le permitan tomar una decisión justa y razonada en atención a las especificidades del caso sometido a su consideración. Además, el hecho de aportar tales pruebas no impide a su contraparte controvertirlas ni al juez valorarlas en su oportunidad.

Lo realmente novedoso con la expedición de la Ley 1564 de 2012, es la sustracción de la posibilidad de objeción por error grave de la peritación por los sujetos procesales, lo que no significa que se haya sesgado totalmente la contradicción.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 16 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

La oralidad, o la posibilidad del aporte de la pericia por los sujetos procesales y la imposibilidad de contradicción de la prueba a través de la objeción grave, por sí solas no van a solucionar los problemas de la administración de justicia, pues los recursos presupuestales asignados por el Estado resultan exiguos ante una mayor demanda de justicia, pero si resultan útiles al estado social de derecho, puesto que democratizan el proceso y permiten desarrollar de manera celera y económica del mismo.

La democratización y modernidad procesal, implican como citaba el profesor Garciandía González¹⁷, que recoge palabras del maestro Chiovenda cuando exponía: "...la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente".

La contradicción, propia del debido proceso en los estados sociales de derecho, no se pierde con la reforma a la prueba pericial, pues la misma se encuentra sometida a contradicción a través de la aclaración o complementación y la restricción conlleva necesariamente a que los términos procesales sean observados rigurosamente contribuyendo a la reducción de la "paquidermia procesal".

Sobre el tema objeto de investigación, es mínima la doctrina y jurisprudencia nacional, salvo contados atisbos que constitucionalmente se han pronunciado en referencia a la Ley 1395 de 2010, referente mediato del Código General del Proceso. Al efecto, el doctor Martín Bermúdez¹⁸ publicó

¹⁷Garciandía González, Ob. Cit.

¹⁸ BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte. Editorial Net Educativa Editorial. 1º Edición. Bogotá. 2012

la obra “Del dictamen Judicial al Dictamen de parte” que aborda la reforma contenida a éste medio probatorio en materia contenciosa administrativa (Ley 1437 de 2011) y procesal civil (Ley 1564 de 2012) sin entrar en detalle a la discusión de la contradicción del medio probatorio que llama de parte, dentro del proceso civil.

La investigación sirve para ambientar la discusión académica y constituirse en guía práctica para abogados litigantes y estudiantes brindándoles herramientas jurídicas que faciliten una mejor comprensión del tema, ello ante los vacíos e incertidumbres que se originan en cuanto al desarrollo futuro de la prueba pericial.

Colofón de lo anterior, la investigación deberá arrojar conclusiones que permitan determinar aspectos axiales o los ejes problemáticos que originan el cambio legislativo en la contradicción de la prueba dictamen pericial.

Es así como en este proyecto de investigación se abordan 4 capítulos, 3 de ellos por medio de los cuales se desarrollan los objetivos de la investigación, así: En el primer capítulo se aborda un tema introductorio para la investigación que tiene que ver con el Código General del Proceso y la oralidad, como reforma procesal implementada en Colombia en materia civil. En un segundo capítulo se busca desarrollar el objetivo 1 en el entendido de describir la prueba pericial, como medio de prueba y acto de contradicción en audiencia por parte de los sujetos procesales, conforme al Código General del Proceso. En el tercer capítulo se desarrolla el objetivo Nro. 2, por medio del cual se indican las formas de contradicción de la prueba pericial dentro del contexto del Código General del Proceso Colombiano y por último en el capítulo 4 se desarrolla el objetivo Nro. 3 en donde se establecen los postulados que deben tener los sujetos procesales e intervinientes dentro del debate controversial de la prueba pericial.

CAPITULO I

ORALIDAD EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Por medio de este capítulo se efectuará un acercamiento al Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012, ley que dentro de las reformas legislativas que propenden por la potenciación de las audiencias concentradas orales, se ocupa de desarrollar lo correspondiente a tal herramienta procesal y a la vez introduce cambios significativos en el proceso civil.

Para lo anterior, es necesario desvelar falsas creencias acerca de ventajas quiméricas de una u otra forma en la instrucción de los procesos civiles, pues la oralidad no constituye panacea alguna para remediar las estructuras parsimoniosas de los procesos civiles, ni la escritura ha favorecido el que los procesos tengan una solución pronta cumplida y eficaz.

1. Escritura y Oralidad.

El lenguaje es el medio de comunicación que utilizan los seres humanos para relacionarse en sociedad, bien a través de signos o manifestaciones orales, o escritas que hacen posible que el ser humano cuestione su entorno y realice cultura, es la capacidad de pensar el mundo y crear conocimiento. El lenguaje humano puede contar con 30.000 ó 40.000 años de existencia¹⁹.

¹⁹ Tomado de: <http://www.rena.edu.ve/cuartaEtapa/psicologia/Tema13.html> Consultado el 19 de septiembre de 2013. Hora: 9:50 am. Parece ser que en la era de Neandertal (hará entre 100.000 y 30.000 años) se inició el lenguaje, pero que fue con la aparición del *Homo sapiens* (puede que con un cráneo y una cavidad bucal más adecuadas para el lenguaje) cuando se dio una evolución lingüística significativa. Así pues, el lenguaje humano puede contar con 30.000 ó 40.000 años de existencia. La enorme diversidad de lenguas que hay en el mundo, demuestra que una vez que apareció el lenguaje se produjeron los cambios a gran velocidad. No es posible saber si hubo una primera y única lengua, ni cuáles fueran sus

A través de la palabra el hombre se expresa, ha sido éste el que le ha permitido transmitir el conocimiento a generaciones venideras. Se tienen registros que el Homo Sapiens Sapiens apareció en la tierra entre 45.000 o 100.000 años y fue con éste que se desarrolló el lenguaje verbal.

Ahora bien, el lenguaje a través de la expresión escrita es de aparición reciente pues se dice que ésta se desarrolló hace más de 5.000 años, en Mesopotamia como resultado del crecimiento de las ciudades, originado en necesidades tendientes a crear un sistema de control para conservar los datos que interesaban al gobernante. La escritura se convierte entonces en una forma de comunicación del pensamiento mediante signos visibles, alfabéticos o ideográficos, de cuya expresión en el derecho queda el retribucionista Código de Hammurabi.

De lo dicho resulta de simple inferencia que desde que el derecho acompaña al hombre, las primeras formas de juzgamiento respondieron sino a un sistema, si a un esquema oral el cual en el mundo occidental mutó hacia un sistema con predominio de lo escrito.

La escritura se introduce con vehemencia en el proceso romano-canónico, en donde como forma de control social se diseñó un proceso secreto (reserva del sumario), con un sistema tarifario de pruebas, con un juez investigador, acusador, sentenciador y verdugo y en donde por supuesto tuvo la escritura un papel rutilante. Este predominio del elemento escrito, como decía el maestro Capelletti²⁰, se convirtió absolutamente, en monopolio

sonidos, gramática y léxico. La lingüística histórica que se encarga de enfocar, descubrir y describir, cómo, por qué y de qué manera aparecen las lenguas, apenas puede sugerir hipótesis que expliquen el cambio.

²⁰ CAPELLETTI, Mauro. *Oralidad y Pruebas en el Proceso Civil*. Ejea. Buenos Aires. 1972. Pp. 35

exclusivo cuando se impuso el principio "*quod non est in actis non est in mundo*", o sea el principio de la inexistencia jurídica de los actos procesales no resultantes de las "actas" (escritos, protocolos de causa), y de la consiguiente nulidad insaneable de la sentencia no enteramente basada sobre tales actos escritos.

Aun cuando como memora Capelleti²¹, la Revolución Francesa se preocupó por abolir el principio secreto de la *enquête*, la primera obra relevante inspirada en el "principio de oralidad" se dio en Europa en los años 1848 y 1850 con el rígido y dogmático código de Hanover y por supuesto el código austriaco de Klein de 1895, inspirado en el ideal de la oralidad y en la dirección del proceso por parte del juez que bien destaca Fairén Guillén²² cuando adviera:

El principio de oralidad moderno —puesto que fue el primero en aparecer en la historia-- en una legislación, corresponde a la ZPO austriaca de 1895, obra de Franz Klein. Él se mostró un decidido partidario de los principios de "oralidad" e "inmediación" (que van unidos, como se verá, *infra*), siempre que respondieran a su vez a las condiciones de "practicabilidad" (esto es, que fuera posible ponerlos en práctica, sin caer en corruptelas: lo cual precisaba una "infraestructura" de personal y de procedimiento adecuados) y de "adecuación" a las circunstancias de cada proceso: a fin de conseguir de ellos la "utilidad" de éste.

En la actualidad, en Iberoamérica desde hace unos 13 años después de la expedición de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000, se ha venido propendiendo en todo el continente no solo la asunción de procedimientos orales en los juicios criminales sino en todas las áreas del

²¹ CAPELLETTI, Mauro. Op. Cit.. Pp. 47 y ss.

²² FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Teoría General del Derecho Procesal. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1992, pp. 401.

derecho, lo que ha originado mitos en cuanto a las bondades de tal sistema de enjuiciamiento y el anatema inmisericorde a lo escrito.

Para el profesor Taruffo²³ no debe existir antagonismo entre la escritura y la oralidad y lo explica desde los sistemas de common law y civil law. Afirma el autor:

Dos ejemplos permitirán representar un discurso menos abstracto, y verificar la fiabilidad de la aproximación crítica que aquí se propone. El primer ejemplo atañe a la contraposición entre oralidad y escritura, según la cual el proceso de *common law* sería un proceso esencialmente oral, mientras que el proceso de *civil law* sería un proceso esencialmente escrito. Sin entrar aquí en el tema general de la contraposición de principios entre oralidad y escritura, debo señalar que la distinción entre proceso oral y proceso escrito nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de *common law* y proceso de *civil law*. Por una parte, de hecho, es fácil observar que: a) el proceso de *common law* considera numerosos actos escritos (probablemente no menos numerosos de aquéllos con los cuales se desarrolla un proceso de *civil law*), y esta tendencia ha ido reforzándose en la evolución más reciente; b) el proceso de *equity*, que por siglos ha representado un sector importantísimo del proceso inglés, y luego también del norteamericano hasta la fusión con el proceso *at law*, en la cual sin embargo han sido conservados numerosos aspectos del proceso *in equity*, era un proceso escrito. El empleo de pruebas escritas, además, no es menos frecuente en el *common law* que en el *civil law*, a pesar de profundas diferencias que atañen a otros aspectos del derecho probatorio.

Es importante indicar que conforme se ha observado, en el transcurso de la historia ha predominado en unos momentos la oralidad, en los albores de la civilidad y en otros la escritura y posteriormente se ha vuelto a la primera, conociendo entonces el derecho las discusiones que abogan por una y otra tratando siempre de buscar una mejor justicia, es decir eficiente, eficaz, y más pronta.

²³ TARUFFO, Michele. La prueba. Artículos y conferencias. Editorial Metropolitana. Santiago. 2009. Pp. 231.

A lo anterior apuesta el legislador patrio, pues basta ver las reformas ya en curso en materia penal, laboral y administrativa, y próximas a entrar en vigencia en el área civil impulsadas desde la expedición de la ley 1285 de 2009, la ley 1395 de 2010²⁴ y la ley 1564 de 2012, nuevo Código General del Proceso.

2. Elementos esenciales de la oralidad.

No es ningún desacierto afirmar que el hombre antes de poder codificar su pensamiento a través de la escritura, tuvo que comunicarse con sus semejantes bien a través de un lenguaje de signos gestuales o verbales; lo que da a entender que la construcción y bases de la civilidad encuentran soporte en el lenguaje oral.

Así, lo ilustra el profesor Tejeiro²⁵ cuando plantea:

La oralidad fue el primer sistema de juzgamiento con que contó la humanidad. Se funda en la necesidad de comunicar oralmente los actos del proceso, en la medida en que las partes, los terceros y el juzgador manifiestan de esa manera sus intenciones, esto es, supone de entrada una forma de manifestación de las voluntades.

²⁴ Con respecto a la entrada a la oralidad y como antesala a la vigencia plena del Código General del Proceso la ley 1395 de 2010, al escribirse estas líneas (marzo de 2015) ya rige en los siguientes distritos judiciales:

Manizales (Acuerdo PSAA11- 8700 de 28 de septiembre de 2011); Florencia (Acuerdo PSAA11- 8701 de 28 de septiembre de 2011); Montería (Acuerdo PSAA11- 8702 de 28 de septiembre de 2011) ;San Gil (Acuerdo PSAA11- 8786 de 16 de noviembre de 2011); Valledupar (Acuerdo PSAA11- 8787 de 16 de noviembre de 2011); San Andrés y Providencia (Acuerdo PSAA11- 8788 de 16 de noviembre de 2011); Armenia (Acuerdo PSAA13- 9885 de 23 de abril de 2013); Arauca, Barranquilla, Cali, Cúcuta Medellín, Pamplona y Tunja (Acuerdo PSAA13- 10071 de 27 de diciembre de 2013);Bogotá, Bucaramanga, Cartagena, Pereira, Popayán, Riohacha, Santa Marta, Santa Rosa de Viterbo y Sincelejo (Acuerdo No. PSAA14-10265 de 10 de diciembre de 2014)

²⁵ TEJEIRO DUQUE, Octavio. Juez Director Del Proceso Civil. Documento de trabajo. Módulo de aprendizaje auto dirigido. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009. Pp. 79.

Mas no es ella, en sí misma y únicamente considerada, la que ofrece beneficio, pues no se gana mucho exponiendo vocalmente lo que puede expresarse también por escrito. Son los elementos con que ha de venir acompañada (sic) los que en verdad señalan un cúmulo de diferencias y remarcan los beneficios que, en celeridad, legitimidad y posibilidad.

La pregunta que queda en el ambiente es ¿de qué elementos debe acompañarse la oralidad? A lo que debe responderse sin ambages, que es necesaria una fuerte inversión de capital en recursos tecnológicos gracias a la fuerte apuesta que el Código General del Proceso hace sobre el ingreso de las Tecnologías de la Informática y la Información, pero ello no basta; es necesario un cambio cultural de jueces y litigantes principalmente para cumplir con los anhelos de eficiencia y celeridad con que apunta la reforma procesal civil, so pena de su ineludible fracaso. A lo anterior hay que sumar la adopción real de un proceso concentrado y no lleno de suspensiones, aplazamientos o prorrogas, la presencia física del juez en las audiencias y obviamente la publicidad del proceso, temas que posteriormente se explicarán en detalle.

Por su parte en la Argentina actualmente se debate sobre las implicaciones que ha traído dentro su sistema federal, la implementación gradual en los códigos de las provincias de la oralidad. En este orden de ideas resulta propicio citar a lo que el profesor Oteiza²⁶ destaca sobre el interrogante que previamente se planteó que:

Entre los distintos autores que se han ocupado de la oralidad en Argentina destaco las opiniones vertidas por Peyrano, ya que además de tratar los argumentos a favor y en contra de incorporar prácticas con

²⁶ OTEIZA, Eduardo. El Fracaso De La Oralidad En El Proceso Civil Argentino. Revista Electrónica Temas Atuais Processo Civil. consultado en: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/51-v1-n-4-outubro-de-2011-/150-el-fracaso-de-la-oralidad-en-el-proceso-civil-argentino> Septiembre 18 de 2013 hora: 8:00 p.m.

oralidad concluye que debe tenerse particularmente en cuenta la realidad a la que ella se aplica. En sus palabras la realidad manda en esta materia. Es cierto que la realidad continúa mandando a la luz de la experiencia de las reformas a las que fue sometido el proceso civil en Argentina. La cultura de los operadores del sistema y la falta de atención del Estado a las necesidades de la Administración de Justicia han contribuido a los sucesivos fracasos. También lo es que la crisis es muy aguda y que hay fuertes razones para materializar un cambio. La relevancia del derecho al debido proceso en un Estado Democrático debería instar la discusión sobre el modelo de proceso civil que logre garantizarlo. La necesidad de justificar el gasto en Justicia, como política pública que debe dar razones a la hora de explicar su propia eficiencia, en competencia con otros requerimientos, debería propiciar un cambio. Las ventajas en términos de seguridad jurídica y desarrollo económico también deberían ser un elemento convincente para auspiciar una reforma en la Administración de Justicia. De allí que la realidad, tan teñida de subjetividad como lo demostraron Kant y Lacan, más que un freno puede ser un desafío.

Independientemente a la pregunta o preocupación que se plantea, el legislador Colombiano, le apuesta a la oralidad y de manera específica en el Código General del Proceso en varias disposiciones normativas la reitera. Así, a título de ejemplo se pueden destacar del Código General del Proceso los siguientes artículos:

Artículo 3°. Proceso oral y por audiencias. Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva.

Artículo 107. Audiencias y diligencias. Las audiencias y diligencias se sujetarán a las siguientes reglas: ..6. Prohibiciones. Las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos.

Artículo 202. Requisitos del interrogatorio de parte. El interrogatorio será oral....

Artículo 219. Requisitos del interrogatorio. Las preguntas se formularán oralmente en la audiencia. Sin embargo, si la prueba se practica por comisionado las partes podrán entregar cuestionario escrito antes del inicio de la audiencia.

Artículo 373. Audiencia de instrucción y juzgamiento. Para la audiencia de instrucción y juzgamiento se observarán las siguientes reglas: 5. En la misma audiencia el juez proferirá sentencia en forma oral, aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieren retirado.

En suma, la oralidad como medio o instrumento del lenguaje en principio debe contribuir a que los procesos civiles se resuelvan, pronta, cumplida y eficazmente, pero sin el acompañamiento e integración de las Tecnologías de la Informática y las comunicaciones, sin disposición logística de salas adecuadas para las audiencias, sin la debida preparación académica de jueces y litigantes no puede llegar a buen puerto, pues ningún artilugio o providencia mágica enseña su palabra, dado que resulta necesaria acompañarse de inversión y planificación seria de ésta.

3. Elementos esenciales de la escritura.

Ningún titánico monstruo mitológico constituye el aparecimiento de lo escrito para el trámite y desarrollo de los procesos jurisdiccionales, tampoco es admisible sostener que lo escrito es sinónimo de lentitud, congestión judicial o factor de ineficiencia ni que sea antípoda de la oralidad, pues a no dudarlo constituyen herramientas útiles para la construcción de un democrático proceso. Sobre la dicotómica cuestión y el entendimiento del concepto escrito, señala Amrani-Mekki²⁷:

2.- Desde hace ya bastante tiempo se ha insistido y tratado de resolver el “*imbroglio*” que supone lo “escrito” y lo “oral” en el procedimiento. Como cuando se trató el asunto relativo a la redacción de actas procesales para documentar fehacientemente lo que se ha dicho, o bien, como se ha visto más recientemente, a propósito del pronunciamiento del fallo judicial “de forma escrita”. Sin embargo, aún en presencia de estas ambigüedades, era corriente admitir que las mismas “no servirían en cualquier caso para “borrar” la distinción entre la palabra hablada y la escrita”.

El escrito es, en sentido lingüístico, un “mensaje dotado de sentido (dato intelectual de la comunicación), compuesto de signos visibles variables (fonéticos, ideográficos, pictográficos, etc.) representativos de la palabra

²⁷ AMRANI-MEKKI, Soraya. El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil. consultado en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/6tecme.pdf> abril 3 de 2013 hora: 8:00 p.m.

y del pensamiento (aunque a veces difíciles de descifrar) que un emisor (no necesariamente autor intelectual del mensaje) codifica en una lengua natural, y lo imprime a través de cualquier medio (a mano, a máquina) sobre un soporte variable relativamente duradero (tabla, papiro, piedra, metal, papel, etc.)⁵". En este sentido, los mensajes electrónicos, los faxes, aunque formen parte de lo que se entiende por nuevas tecnologías, serían, en todo caso, escritos. Sin embargo, su particularidad no reside exclusivamente en su modo de transmisión, o su soporte. En efecto, se encuentran redactados de manera menos formal. Serían una especie de escritos "oralizados", que, ciertamente, comparten con el escrito el hecho de estar "solidificados", inmovilizados, pero, debido a su redacción espontánea e informal, pueden asimilarse al discurso oral.

Desde esta aproximación, los procesos civiles modernos no pueden concebirse sin una fase que no sea escrita. No existe, salvo excepciones que sirven para confirmar la regla, procesos orales puros, como bien destaca el profesor Fairén Guillén²⁸, al explicitar que:

La única excepción, por ser «casi totalmente oral, y por ello mundialmente admirado, es el proceso ante el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Creado hace más de diez siglos, se ha mantenido "puro" y "útil", sin corruptelas; pero hay un elemento escrito: para ejecutar la sentencia proferida oralmente, precisa de un "título ejecutivo"; esto es, un protocolo abreviado de la misma.

En fin sea dentro del civil law o common law, generalmente la etapa correspondiente a la *litis constetatio* es esencialmente escrita. La demanda se formula por escrito elaborado por el demandante o por el llenado de un formulario o forma impresa como ya lo visiona el Código General del Proceso en el artículo 420 párrafo cuando consagra: "El Consejo Superior de la Judicatura elaborará formato para formular la demanda y su contestación" para los procesos monitorios, como también escrita es la providencia que admite la demanda y ordena la notificación al demandado y por supuesto la

²⁸FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Teoría General del Derecho Procesal. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1992, pp. 399.

posibilidad que el derecho de contradicción de éste sea expresado a través de la oposición o allanamiento a las pretensiones del actor mediante escrito.

Hoy en día con base a estos sistemas del derecho procesal no puede tener aspiraciones totalitarias en uno u otro, en tanto que tales sistemas se recomponen como plantea el profesor Taruffo²⁹:

Los últimos decenios han entonces visto verificarse varias crisis de los modelos a los cuales tradicionalmente se reconducía la distinción entre sistemas procesales de *common law* y de *civil law*. Las transformaciones que se han verificado, y que en muchos aspectos están todavía en curso en numerosos ordenamientos, han provocado una clara fragmentación de los viejos esquemas y han dado lugar a múltiples fenómenos de "recomposición" del derecho procesal a través del complejo juego de interferencias entre sistemas diversos, circulaciones de modelos y trasplantes de instituciones de la naturaleza más variada. Se trata de fenómenos extremadamente complicados y de difícil interpretación, puesto que además están todavía *in progress* y no se vislumbra un momento conclusivo (admitiendo que en las transformaciones de los sistemas jurídicos, y de los procesales en particular, haya una conclusión). Lo único que se puede afirmar de un modo relativamente seguro es que los habituales y cómodos modelos descriptivos, que pretendían representar esquemáticamente las características fundamentales de los procesos de *common law* y de *civil law*, aparecen claramente superados y no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos.

Hace más de cincuenta años ya indicaba el maestro Devis³⁰, la discusión que aún se tiene en la academia al respecto de la oralidad y escritura advirtiendo que:

Muchas críticas han sido hechas al procedimiento oral, pero anotamos como principales las que siguen: la de no permitir conservar con

²⁹ TARUFFO, Michele. Revista *Ius et Praxis*, 12 (1): 69 - 94, 2006. I. Artículos De Doctrina. El proceso civil de "civil law": Aspectos Fundamentales - Artículo publicado en el año 2001 por la Revista "Il Foro italiano", también recogido en el libro "Sui confini: Scritti sulla giustizia civile" (Il Mulino, Bologna, 2002). Traducción Dr. Diego Palomo Vélez de la Universidad de Talca

³⁰ DEVIS ECHANDIA, Eduardo. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editorial Aguilar. Madrid. 1966 Pp. 62

precisión los elementos en que se ha de fundamentar el fallo y aquellos en que basan su defensa las partes; la de dar lugar a la charlatanería, y, finalmente, que trae sorpresas y crea celadas a la parte menos hábil. Observan los críticos de este sistema que el escrito, en cambio, permite seguir más cabalmente los pormenores del proceso; mantiene con fidelidad la historia del litigio, prestando así mejores ventajas a la defensa y evitando las argucias del más hábil en esgrimir las o plantearlas.

Por otra parte, se ha anotado que el procedimiento escrito prolonga en demasía el curso del proceso; permite el abuso de los recursos y medios encaminados a dilatar el litigio; sirve de medio para crear confusión en el juez y en la contraparte, y en veces hace aparecer lo accidental como esencial. Se pone de presente, en tanto, que en el oral la concentración e inmediación se opera de manera perfecta; que el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y que dispone, por último, de una mayor actividad y de más amplias facultades. Todo esto hace concluir en un mejor predominio en este sistema del principio inquisitivo. No puede negarse, anota DE LA PLAZA, que el procedimiento oral permite que el juez ejerza más humanamente su ministerio, sin ser relegado a la condición de espectador en la lucha jurídica de las partes.

Desde la reforma del año 2010 que tuvo el procedimiento civil con la expedición de la ley 1395 del año mencionado en cumplimiento de la ley 1285 de 2009 que reformó la ley estatutaria de la administración de justicia (ley 270 de 1996) ha sido objetivo del legislador implantar la oralidad en materia civil en Colombia en dos fases identificables dentro del proceso y que corresponden a la de su instrucción y juzgamiento³¹, lo que no desconoce lo escrito, pero que permite considerar sin ambages que la oralidad contribuye a una mejor justicia, pues incuestionable resulta su alto valor democrático que le es propia.

³¹ La implementación de la oralidad no abandona del todo los modelos escriturarios pues se ha indica que éste persiste en la fase inicial procesal donde predomina y excepcionalmente en las siguientes fases, como cuando el juez se abstiene de dictar sentencia oral en audiencia y se reserva su decisión a una providencia posterior escrita (Art 373 núm. 5 inc. 2° del C.G.P.).

Así se expresaba por parte del legislador nacional en la exposición de motivos³² del Código General del Proceso:

1. El Código se ajusta a los fines previstos por la Constitución de 1991, en particular en relación con el acceso a la administración de justicia. Esta es definida como la tutela judicial efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable.
2. El Código está redactado desde el primer artículo y hasta el último bajo el principio de la oralidad. La oralidad implementada en el Código se traduce en el diseño de procesos que se desarrollan en audiencias concentradas, con plena inmediación del juez, con igualdad de oportunidades en los mecanismos de contradicción y con total publicidad (transparencia) en la actuación.
3. El Código establece un diseño del proceso que apunta a la celeridad sin desmedro del debido proceso. En ese sentido, el Código:
 - a) Simplifica los tipos de procesos (por ejemplo, eliminación del ordinario y del abreviado) y unifica las reglas para su trámite (por ejemplo, establece un solo tipo de proceso ejecutivo).
 - b) Ajusta los procesos a las audiencias concentradas, en las cuales se realizan un mayor número de actos procesales en menor tiempo. El proceso verbal cuenta con dos audiencias y el verbal sumario con una sola.
 - c) Elimina etapas procesales (por ejemplo, objeción de peritaje por error grave y las diligencias previas en los procesos ejecutivos).
 - d) La ausencia del juez en la audiencia se sanciona con la nulidad de la misma.
 - e) Equilibran las oportunidades de las partes respecto del acceso a la fuente de la prueba.
 - f) El diseño de los procesos orales desincentiva la improvisación en las actuaciones de los operadores jurídicos.

³² Informe de Ponencia para Tercer Debate Proyecto de Ley No. 159 de 2011 Senado y No. 196 de 2011 Cámara *“Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”*.

Hace ya más de tres décadas señalaba Chiovenda que “la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente³³”.

Sobre la oralidad o escritura en dicotómica comprensión indica el profesor Alvarado³⁴:

1. Oralidad o escritura.

La regla opera según que se utilice la palabra oral o escrita para efectuar cada una de las actuaciones que requieren el desarrollo de la serie procedimental.

No obstante lo que se afirma repetidamente por los autores de la materia en cuanto a la necesidad de instaurar un procedimiento oral para que se adecue con el texto constitucional, lo cierto es que, a los fines de respetar la esencia de la idea de proceso, tan válida es una como la otra.

Habitualmente se vincula a la oralidad con la inmediación y con la celeridad, en tanto que la escritura es relacionada con la regla de mediación procesal y con la morosidad judicial...

Acorde a lo expuesto, la predominancia de la escritura en los procesos no es mala por sí misma, no es la causa única de la lentitud del sistema judicial Colombiano y necesariamente serán muchos asuntos en donde ésta siga predominando; de hecho basta observar cómo se estructura en el código general de proceso, el proceso monitorio o de ejecución, en donde el debate oral solo tendrá lugar si existe oposición del intimado o excepciones

³³ Citan PEDRO M. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ. La Oralidad en La Prueba Pericial: El Régimen de Intervención del Perito en Juicio a la Luz de la Doctrina de las Audiencias. Las recoge DE LA RUA, F., “La oralidad en el proceso”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, núm. 39, 1999, p. 181.

³⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Garantismo Procesal versus prueba Judicial Oficiosa. Editorial Juris. Rosario. 2006 Pp. 260-263.

por parte del ejecutado; es decir, que si no existe oposición se proferirá sentencia escrita en el primero de los asuntos o auto que ordena seguir adelante la ejecución en el segundo (artículos 421 inc. 2 y 440 inc. 2° del C.G.P).

En el proceso monitorio, si el demandado contesta con explicación de las razones por las que considera no deber en todo o en parte la obligación pretendida, aportando las pruebas en que se sustente su oposición, el asunto se resolverá por los trámites del proceso verbal sumario. El juez dictará auto citando a la audiencia del artículo 392 del Código General del Proceso, previo traslado al demandante por cinco (5) días para que pida pruebas adicionales.

En el proceso de ejecución, si el ejecutado no propone excepciones oportunamente, conforme al artículo 440 inciso 2 del Código General del Proceso, el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de la obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado.

También habrán situaciones de puro derecho que no conlleven la práctica de medios probatorios que impliquen audiencias orales, ello porque en algunas ocasiones bastan las documentales que se alleguen a un proceso para que el mismo sea resuelto.

Al tenor del artículo 278 del Código General del Proceso, en cualquier estado del proceso el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez.

2. Cuando no hubiere pruebas por practicar.

3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.

A esta preceptiva se agrega lo concerniente a la declaración de pertenencia que regla el artículo 375 del Código General del Proceso la cual ordena, bien el rechazo de la demanda o la terminación anticipada del proceso, cuando se advierta que la pretensión recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público.

El proceso concentrado en audiencias orales que propone el Código General del Proceso, hace que en una parte del devenir dialectico del conflicto se instruya de manera oral, lo que de suyo no constituye resquebrajamiento como algunos piensan de la tutela judicial efectiva que reconocen diversos instrumentos internacionales y que hacen parte del bloque de constitucional, que solo como ejemplo bastaría citar el Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando dispone: *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

Al efecto resulta explicativo el profesor español González García³⁵, quien asevera:

En otras palabras, la oralidad no es una exigencia absoluta de la tutela judicial en todas las actuaciones del proceso: entender lo contrario es tanto como aceptar que el proceso escrito es incompatible con la tutela judicial, lo que conduciría a la inconstitucionalidad de muchas de las normas procesales vigentes e indiscutidas (en el caso español, por ejemplo, al proceso contencioso administrativo ordinario). Por eso la oralidad se presenta, más bien, como criterio de predominancia, permitiéndose la convivencia dentro del proceso civil de actos escritos y orales con total legitimidad constitucional, pero incrementando el peso de la oralidad en determinadas actuaciones, principalmente en la fase de alegaciones y prueba de la primera instancia: el proceso será oral cuando lo que deba ser valorado por el juez se aporte al proceso de palabra. Eso se consigue a través del refuerzo de las garantías legales en los casos en que se previene su forma oral: si no, no será más que una medida cosmética, pero sin incidencia sustancial en la tutela judicial. Lo relevante no es, por consiguiente, que todas las actuaciones sean orales, sino que el proceso sea predominantemente oral, sin perjuicio de que en su tramitación puedan contemplarse actuaciones escritas. Y, en el caso del acto oral, que esta sea efectiva, con garantía de la presencia física del juez en su realización, incluso con posibilidad de formulación de resolución verbalmente in voce, con excepción de la sentencia.

4. La oralidad principio o regla técnica del procedimiento civil.

Lo primero que hay que destacar es la poca razón que le asiste a la Corte Constitucional³⁶ cuando entiende como principio a la oralidad, dijo el órgano de cierre:

³⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud. Consultado en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp4jes.pdf> marzo 16 de 2014. Hora : 7 p.m.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de C-713 de 15 de julio de 2008. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

La Corte llama la atención en el sentido de que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de *principio*. En este sentido cabe recordar que de tiempo atrás la teoría del derecho ha establecido la distinción conceptual entre *reglas y principios*, para advertir que si bien ambas constituyen normas jurídicas, su grado de vinculación y eficacia varía en uno u otro caso. Así, mientras las reglas son normas que “ordenan una consecuencia jurídica definitiva”, los principios son mandatos de optimización “que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas”. Distinción que ha sido ampliamente aceptada en el constitucionalismo moderno y específicamente en la jurisprudencia de esta Corporación, en los siguientes términos:

“La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las *reglas* constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

Así las cosas, mientras las *reglas* se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los *principios* trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica”.

Concebida a la manera de *principio*, la oralidad se proyecta entonces como una norma cuyo alcance puntual debe ser definido por el Legislador de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en particular, lo que permite que su desarrollo e implementación pueda hacerse en forma gradual.

Por el contrario, para el profesor López Blanco³⁷, ha sido claro que la oralidad no es un principio sino una regla técnica de procedimiento. Indica el tratadista:

Desde el aspecto académico en mucho se puede contribuir a la simplificación y eficacia de nuestros sistemas procesales, si se replantea y coloca en su correcta posición, el concepto de principio informador del

³⁷ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Editores Dupré. Bogotá 2005. Pp. 83 y ss.

derecho procesal para erradicar de tal categoría algunos que se vienen enseñando como tales pero que no comprenden a su alcance pues no se puede perder de vista que la acepción con que aquí se toma del concepto de principio corresponde a la que el diccionario de la Real Academia señala como “idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”.

Los principios informadores del procedimiento, como todo principio, son absolutos, no admiten contrarios, son permanentes y por ende inmodificable mientras se les tenga como tales, siempre deben observarse, no admiten excepciones, constituyen el norte del respectivo sistema procesal y a su desarrollo perentoriamente debe tenderse.

En igual sentido Alvarado³⁸ plantea que si el principio es un punto de partida; se deben formular entonces los principios necesarios para que a través de un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero se heterocomponga el litigio y los reduce a: 1) la igualdad de las partes litigantes, 2) la imparcialidad, 3) la transitoriedad del proceso 4) la eficacia de la serie procedimental y 5) la moralidad en el debate.

La Corte Constitucional³⁹ es cautelosa y si bien no reconoce que la oralidad no es más que una regla técnica procesal dice sobre ella que: “3.- La Corte llama la atención en el sentido de que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de *principio*...”, es decir que presenta la “estructura de principio” para luego morigerar su afirmación en el mismo texto al señalar sobre la oralidad : “Concebida a la manera de *principio*, la oralidad se proyecta entonces como una norma cuyo alcance puntual debe ser definido por el Legislador de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en particular...”, lo que se ha demostrado con la precedente argumentación que resulta desatinado.

³⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Garantismo Procesal versus prueba Judicial Oficiosa.. Editorial Juris. Rosario. 2006. Pp. 247-248.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de C-713 de 15 de julio de 2008.

Finalmente, la oralidad llámese sistema, regla o principio no puede entenderse sin simbiótica relación con el principio de concentración e inmediación y por supuesto con el principio de publicidad en tanto en audiencia pública, cuando ello es permitido, se da el debate, se practican pruebas a los ojos de la sociedad en general y se propicia el debate dialéctico de las partes en cuanto lo que tiene que ver con la corroboración de los hechos que pretende sean valorados por el juez al asumir la decisión del conflicto intersubjetivo de intereses.

5. El proceso concentrado.

El conflicto sometido a la intervención de un sujeto supraordenado ante la imposibilidad de las partes de solucionarlo o componerlo debe ser resuelto por el Estado en audiencias continuas, sucesivas y tantas que sean necesarias para dar finiquito a la instancia, de allí que la solución a la controversia se presente una vez instruido el juicio y escuchadas las alegaciones de cierre, salvo excepcionales condiciones que el legislador prevé para su decisión fuera de audiencia, previa indicación por el juez del sentido de su decisión.

A través de la concentración del proceso ha querido el legislador que los actos procesales no resulten dispersos en el tiempo y resulten fluidos los actos procesales sin dilaciones injustificadas.

Como plantea el profesor Montero Aroca⁴⁰:

...la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las

⁴⁰ MONTERO AROCA, Juan y otros. Derecho Jurisdiccional. T: I, Parte general. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1991. Pág.540

manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el Juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal.

Quien se ha mostrado escéptico a la oralidad en los procesos civiles, es el profesor Taruffo⁴¹ quien sin embargo reconoce la importancia de la concentración sosteniendo que:

Como ya se ha dicho, la oralidad puede ser una forma eficiente para la práctica de las pruebas cuando se cumplen dos condiciones principales (además del contacto directo del juez de los hechos con las fuentes de prueba): la concentración y la resolución inmediata al final de la última vista. La concentración del proceso, y en especial de la práctica de las pruebas, resulta indispensable para preservar el carácter oral de las pruebas. Ésta es la razón principal por la que los sistemas procesales orientados a poner en práctica el principio de la oralidad de las pruebas disponen una vista única y concentrada en la que deben practicarse sin interrupción todas las pruebas orales. Esto suele ocurrir tradicionalmente en los sistemas procesales del Derecho consuetudinario, pero no siempre sucede en la mayoría de los sistemas de Derecho civil (como Alemania y España, entre otros), en los que las pruebas deberían practicarse en una misma vista.

No obstante, en algunos sistemas, la práctica de las pruebas no se concentra: Italia se encuentra en los muchos ejemplos de esta situación. El hecho es que las pruebas se practican a lo largo de distintas vistas, con largas demoras (de meses, sino años) entre unas y otras: el proceso prosigue a plazos, de modo que cuando hay que interrogar a diez testigos pueden necesitarse tres o cuatro vistas y, quizá, un par de años. Sólo cuando el legislador pretende poner en práctica el principio de oralidad de un modo eficaz, sobre todo en aras de la velocidad, la norma es que todas las pruebas se presenten en una única vista concentrada: el ejemplo paradigmático, en el sistema italiano, lo ofrece el proceso laboral.

⁴¹ TARUFFO, Michele. Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil (versión abreviada) Tomado de internet: 30 de octubre de 2013. Hora 3.p.m. <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>

En síntesis a través de la concentración se procura que el proceso se realice en el menor tiempo posible, que las partes obtengan de manera celera la resolución de su conflicto intersubjetivo de intereses por la jurisdicción, evitándose decisiones que si justas, pueden ser muchas veces tardías.

6. La publicidad.

La publicidad tiene que ver el que los actos procesales se den de cara a las partes, que tengan la oportunidad de conocerlos quedando entre el derecho de defensa y contradicción, puesto que a través de la publicidad no solo se garantiza el derecho de defensa, pues a su vez permite que las partes puedan controvertir las afirmaciones de su adversario. De lo hasta ahora anotado se advierten dos facetas: la primera que corresponde a una generalidad, es decir, que cualquiera puede conocer los actos de origen estatal o de las partes durante el procedimiento y la segunda, ya específica que tiene que ver en que el contenido del procedimiento sea conocido por partes y apoderados.

La publicidad más que un principio como se sostiene en este discurso, es una garantía judicial, específicamente así lo contempla el Pacto de San José de Costa Rica quien como tal la consagra en el numeral 1 Artículo 8 y advierte que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Ahora, el artículo 29 de la Constitución nacional entre otros mandatos consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y especialmente a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.

Por su parte el artículo 3 del C.G.P preceptúa que: *“Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva”* como en algunos asuntos de familia en donde se restringe el derecho a estar presentes en la audiencia en procura de amparar derechos de menores o asuntos de cariz íntimo o privado de las partes; o cuando se trate de persona enferma que deba ser interrogada y no pueda comparecer al despacho, la que conforme a lo dispuesto en el Artículo 199 del C.G.P se le prevendrá para que permanezca en su habitación el día y hora señalado para la audiencia en donde de ser el caso podría el juez autorizar la utilización de medios técnicos. También conforme al artículo 107 numeral 5 ibídem las audiencias y diligencias serán públicas, salvo que el juez, por motivos justificados, considere necesario limitar la asistencia de terceros.

Por último otra excepción a la publicidad la constituye la solicitud de práctica de medidas cautelares, en tanto que el trámite de las mismas gozan de cierta reserva y ello entendiéndose que de no actuarse de tal manera es probable que el efecto que se busque con la cautela pierda su efectividad por el conocimiento anticipado de la misma por el demandado.

Tan importante resulta la publicidad del proceso que el legislador de 2012 en cuanto al emplazamiento, ordenó que el Consejo Superior de la Judicatura llevará el Registro Nacional de Personas Emplazadas y determinará la forma de darle publicidad garantizando el acceso a través de Internet y estableciendo una base de datos que deberá permitir la consulta

de la información del registro, por lo menos, durante un (1) año contado a partir de la publicación del emplazamiento. Dicho registro puede disponerse de manera unificada con el nuevo también Registro Nacional de Apertura de Procesos de Pertenencia, el Registro Nacional de Apertura de Procesos de Sucesión y las demás bases de datos que por ley o reglamento le corresponda administrar.

7. La inmediatez.

Inmediatez es proximidad a un lugar, que dentro del proceso no es más que a la presencia corporal del juez al momento de la producción de la prueba cuando ésta se surta en su presencia bien sea física o por cualquier otro medio que los recursos tecnológicos permitan como plantea el Código General del Proceso.

Históricamente como alude Barbeiro⁴² tal “principio” se desarrolló coetáneamente con la oralidad en el procedimiento germánico primitivo y en las dos primeras fases del derecho romano (Sistema de Legis Acciones y Proceso Formulario) dice el tratadista:

La regla de la “mediatez” sobre todo en la práctica de delegar la recepción de la prueba y en particular el examen de testigos en funcionarios subordinados o interrogadores, fue introducida por el Derecho Canónico y por su influencia se traslada a los tribunales civiles. Predominó indiscutiblemente durante la Alta Edad Media en combinación del “principio de escritura” y el sistema de prueba legal, trasuntando la desconfianza marcada en el proceder de los jueces que caracterizó todo aquel periodo.

⁴² BARBEIRO, Sergio J. et al. Principios Procesales. Tomo II. Lineamientos de los principios de Inmediatez y Mediatez. 1 ED. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2011. Pp. 94

Al decir del profesor Devis⁴³, del significado literal de inmediación se infiere, que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que utilicen. De ahí que la inmediación puede ser subjetiva, objetiva y de actividad.

Se entiende por inmediación subjetiva la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, bien sean personas distintas de tales sujetos, es de terceros. La manifestación principal del requisito de inmediación subjetiva es la que impone que el acto de prueba se practique en presencia de su destinatario, es decir, que la prueba se verifique ante el juez.

La inmediación objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos materia del juicio.

En ocasiones, sostiene el autor anteladamente citado, y matizando las diferencias entre la inmediación subjetiva y objetiva que en ocasiones se establece un necesario contacto o proximidad entre el acto de la prueba y una determinada circunstancia objetiva, como cuando se permite u ordena la inmediación física del actor del acto con determinada cosa mueble o inmueble; así ocurre cuando se autoriza que la parte o el testigo consulten notas o apuntes, cuentas, libros o papeles. Y también puede considerarse como requisito de inmediación objetiva, en su manifestación negativa, la prohibición para estos mismos sujetos de valerse de cualquier borrador de respuesta en sus declaraciones.

⁴³ DEVIS ECHANDIA, Eduardo. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Aguilar. Madrid. 1966 Pp. 61

La inmediación que algunos autores le consideran principio y que se aceptará solo como elemento para soportar la discusión académica, está íntimamente imbricada a la oralidad y concentración de las audiencias. Se ha señalado como características⁴⁴ de la inmediación las siguientes:

- a) La presencia de los sujetos procesales ante el juez.
- b) La falta de un intermediario judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez.
- c) La identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia. Este punto es fundamental para evitar que el juez que sentencia lo haga en base a una versión mediata de la realidad que le proporcione otro juez.

Resulta evidente que existe una relación directamente inescindible entre las posibilidades de que el juez tome contacto con las partes y las pruebas, y la justicia de la sentencia que se dicte. La justicia intrínseca del fallo está casi inexorablemente predeterminada por el alcance y medida de lo que el juez pueda percibir en forma inmediata a través de sus sentidos. Inversamente, cuanto más mediata y lejana sea la visión de las circunstancias de hecho que motivan la decisión, como también de las partes, letrados y demás personas que intervengan en el proceso, más se ha de alejar la factibilidad teórica de una decisión ajustada a derecho.

Como indica Pereira Campos⁴⁵, la inmediación, se materializa o se hace efectivo por medio de los siguientes instrumentos:

- a) El otorgamiento del poder de dirección del proceso en las audiencias y demás diligencias, principalmente en aquellas donde se realizan en audiencias.

⁴⁴PEREIRA CAMPOS, Santiago. Ponencia "El Principio de Inmediación en el Proceso por Audiencias: Mecanismos Legales para Garantizar su Efectividad". Tomado de internet: www.uv.es/ripj/11sant.htm 31 de octubre de 2013. Hora 3:00 p.m.

⁴⁵ PEREIRA CAMPOS. Ibídem.

- b) La posibilidad de participar en la actividad probatoria, regulándola y en muchos casos practicándola, como en los interrogatorios.

Es inescindible el lazo intermediación y oralidad, como ciertamente la conexión a esta de las Tecnologías de la Informática y Comunicaciones, lo que destaca ampliamente González García⁴⁶:

La intermediación procesal aparece así indisociablemente ligada a la oralidad, pues si algún valor añadido se puede otorgar a los actos orales con respecto a los actos escritos en el proceso, ese es, precisamente, el hecho de su realización en tiempo real en presencia del juez: si el acto oral no se realizase en presencia del juez (o si no existiera esa exigencia legal), realmente pocas diferencias se darían entre un acto oral o escrito, desde el punto de vista de la cercanía del juzgador al acto mismo. La intermediación es, de este modo más importante que la publicidad, en la medida en que la publicidad no es esencial para la oralidad del proceso (pues un acto procesal puede ser oral con independencia de que sea o no público, aunque sea aconsejable que sí lo sea), mientras que la intermediación es inmanente a la oralidad misma. “Decir oralidad es decir intermediación”, se ha señalado.

Finalmente, llámese regla técnica o principio, lo que no resulta obcecado es manifestar que no es admisible ni en teoría o praxis, la oralidad sin intermediación real del juez en la conducción del debate probatorio en primera instancia el que tan celosamente plantea el legislador patrio al establecer en el numeral 1 del artículo 107 del Código General del Proceso el que toda audiencia será presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso adverando que la ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación, que como apunta González-Castell⁴⁷:

⁴⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *Ibidem*.

⁴⁷ GONZÁLEZ-CASTELL, Adán carrizo. El respeto de la oralidad y los principios procesales en la Utilización de la videoconferencia para la obtención de pruebas en Materia civil en la unión europea. Consultado en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp3car.pdf> marzo 10 de 2014 hora: 7:00 p.m.

... todos los avances que se puedan producir por la incorporación de las nuevas tecnologías a la Administración de Justicia deben ser estudiados con ilusión pero sin perder la perspectiva de que lo primero debe ser, no la agilidad o la celeridad de los procesos, sino la consecución de la justicia y la protección del justiciable, por lo que siempre será necesario comprobar que respetan los principios procesales y las garantías que recoge nuestro ordenamiento jurídico.

8. Del Código General del Proceso como apuesta a la oralidad civil en Colombia.

El Código General del Proceso no aparece en el concierto nacional de manera abrupta⁴⁸ pues atisbos hacía él se observan desde la expedición de la Ley 1285 de 2009 que reformó la Ley 270 de 1996, en cuanto se prepara desde la ley estatutaria las reformas tendientes a imprimir celeridad y por supuesto la oralidad en los procesos jurisdiccionales.

Con este propósito se expide un año después la ley 1395 de 2010⁴⁹, la cual entrará en vigencia en su integridad en el territorio nacional el 31 de

⁴⁸ Estas reformas reflejan cambios legislativos que en tal dirección ya se habían venido produciendo en el ordenamiento jurídico nacional como: 1. Acto Legislativo Nro. 3 de 2002, con el cual se expide posteriormente la ley 906 de 2004, reglándose el procedimiento penal y la oralidad en su interior. 2. Ley 1098- Ley de Infancia y Adolescencia la cual ya tuvo su realización final a 31 de diciembre de 2009. 3. Ley 1123 de 2007 para el juzgamiento disciplinario oral a los abogados. 4. La ley 1149 de 2007, potencializó la implementación del sistema oral en la especialidad laboral. 5. La ley 1437 de 2011, dispuso que a partir del 12 de julio de 2012 entraría a regir la oralidad en materia contenciosa administrativa.

⁴⁹ La ley 1716 de mayo 16 de 2014 dispuso en su artículo 1. Modificar el parágrafo del artículo 44 de la Ley 1395 de 2010, el cual quedó, así: Parágrafo. Las modificaciones a los artículos 366, 396, 397, 432, 433, 434 y 439, la derogatoria de los artículos 398, 399, 401, 405 y del Capítulo I Disposiciones Generales, del Título XXII. Proceso Abreviado, de la Sección I Los procesos Declarativos, del Libro III Los procesos del código de procedimiento civil y la modificación al artículo 38 de la Ley 640 de 2001, entrarán en vigencia a partir del 1° de enero de 2011 en forma gradual a medida que se disponga de los recursos físicos necesarios, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, en un plazo que no excederá del 31 de diciembre de 2015. Los procesos ordinarios y abreviados en los que hubiere sido admitida la demanda antes de que entren en vigencia dichas disposiciones, seguirán el trámite previsto por la ley que regía cuando se promovieron

diciembre del año 2015. En esta dirección se expide el código sobre al que su génesis se refiere la profesora Pabón⁵⁰ quien explica:

La iniciativa del Código General del Proceso fue radicada el 29 de marzo de 2011, ante el Congreso de la República para su trámite legislativo. Al cual se le asignó por el Senado el Nro. 159 de 2011 y por la cámara 196m de 2011 “por medio del cual se expide el Código General del Proceso”.

Posteriormente fue aprobado en el primer debate el 17 de mayo de 2011 ‘para segundo debate sin modificaciones.

El 10 de abril de 2012 pasa al senado y es aprobado en tercer debate.

Y finalmente el 25 de mayo de 2013 se da el último debate en el cual es aprobado; quedando solo pendiente la sanción presidencial.

Finalmente el 12 de julio de 2012, se promulga éste nuevo estatuto procesal.

El código general del proceso, no es otra reforma parcial pues si bien no elimina las instituciones procesales que alude el código de procedimiento civil, si plantea una nueva forma dialéctica de discusión del conflicto judicial. Al respecto la profesora Pabón⁵¹ refiere:

Es un código que nace, porque es claro que el código procesal civil que es el que realmente se modifica con el Código General del Proceso requería de una adecuación a las normas procesales y a la Constitución Política de 1991, pues el código procesal civil es un código que lleva un poco más de 40 años y ha sufrido múltiples reformas así: decreto 2282 de 1989, decreto 2651 de 1991, ley 446 de 1998, ley 640 de 2011, ley 794 de 2003 y ley 1395 de 2010, por lo que se hacía necesario adecuarse a los nuevos sistemas procesales para tratar de remediar los males de la administración de justicia; pues acorde a las circunstancias sociales, a la congestión en los despachos judiciales y la tecnología,

⁵⁰ PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. Antecedentes del Código General del Proceso: Reflexiones. “Temas Procesales Número 28. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2013. Pp. 22-23

⁵¹ Ibíd. Pp. 22-23

surgen otras condiciones que hacen que el derecho y el proceso tengan que cambiar y no puedan ser ajenos a esta realidad.

Y acompaña la anterior idea los cambios que en materia de instrumentación probatoria aborda el Código General del Proceso no solo desde la iteración de la aportación del dictamen de parte, cuestión que ocupa el interés de éste estudio, sino también por la introducción de nuevos medios probatorios como la declaración de parte o como la insistencia en la aportación documental de quien alegue un hecho, dejando de lado al juez mensajero de exhortos que solo intervendrá cuando conforme al derecho de petición no se pudiese obtener la información querida por los litigantes. En ese orden de ideas, bien expresa Rojas Quiñones⁵²:

De hecho, la experiencia de otras jurisdicciones refleja lo improcedente que resultaría consagrar, en la normatividad, un sistema oral, sin acompañarlo de un régimen probatorio que, a su vez, sea predominantemente verbal. Así lo devela, por vía de ejemplo, el procedimiento en el derecho laboral, en el que se adoptó un sistema teóricamente oral, pero con una remisión al régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil actual que, como es sabido, es preponderantemente escrito. El resultado, como era de esperarse, fue un antitecnicismo procesal que ha perjudicado significativamente la adecuada implementación de la oralidad.

Pues bien, a idéntico contrasentido estaba condenada la jurisdicción civil si, a pesar de consagrar teóricamente la oralidad, no se impulsaba un proyecto que definitivamente verbalizara –si la expresión es de recibo– el régimen probatorio vigente. En efecto, si bien el sistema jurídico Colombiano había alcanzado ya un punto muy representativo al consagrar normativamente la implementación de la oralidad, era necesario hacer un primer intento de ajuste estructural de las normas llamadas a regular la práctica probatoria. De no hacerse así, el panorama, con seguridad, habría sido muy desalentador, ya que, se reitera, de muy poco habría servido tener un proceso oral en el texto

⁵² ROJAS QUIÑONES, Sergio. Código General del Proceso: Aciertos y Vicisitudes de un Nuevo Régimen de Pruebas –Especial Comentario a la Propuesta de Reforma Frente a la Prueba Documental y la Prueba Pericial. Tomado de internet: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/15codigogeneraldeproces o_000.pdf 2 septiembre de 2013 Hora. 8.00 p.m.

formal de las normas, si este no se acompañaba de un sistema probatorio que, al mismo tiempo, fuera también verbal.

Para lograr su cometido la nueva ley procesal debe armonizar viejas instituciones procesales con adecuaciones no solo al sistema oral de audiencias concentradas, sino al uso de las Tecnologías de la Informática y Comunicaciones dentro del proceso, entrelazado con una visión a los medios probatorios y por supuesto en la forma de producción de la prueba. Atinadamente sostiene Rojas Quiñones⁵³:

En efecto, si bien se tiene establecido por algunos que la oralidad procesal hace referencia solamente a un rasgo formal de los actos jurídicos procesales –en el sentido de que implica que la voluntad contenida en tales actos deba manifestarse en forma oral o verbal–, la doctrina ha reconocido que se trata de un aspecto fundamental, “... pues de que exista (...) dependen la orientación general del proceso en gran parte y la acogida que tengan los principios procesales...”. De hecho, ha sido tal la trascendencia que en algunas esferas se le ha atribuido, que para algunos autores la oralidad es un genuino principio procesal, con lo que se le concede un estatus jurídico muy superior al de una simple regla u orientación técnica o procedimental. Y es que, en principio, pareciera no ser para menos, en la medida en que la incorporación de la oralidad implica una significativa transformación de la forma en que se instruye el trámite procesal, por cuanto, a pesar de que no habrá un sistema completamente oral, sí serán muchas las etapas y los actos procesales que deberán modificarse con el propósito de lograr un verdadero sistema oral.

Por eso es por lo que el sistema oral no puede simplemente consistir en una disposición programática o meramente retórica. No: incorporar un verdadero proceso oral, como en su momento lo advertíamos, implica una importante transformación del régimen procesal vigente, no solo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista material, en la medida en que se debe procurar una implementación que, en verdad, potencialice o haga realidad las ventajas del sistema oral. Modificar simplemente la forma en que se expresa cada acto

⁵³ ROJAS QUIÑONES, Sergio. Código General del Proceso: Aciertos y Vicisitudes de un Nuevo Régimen de Pruebas –Especial Comentario a la Propuesta de Reforma Frente a la Prueba Documental y la Prueba Pericial. Tomado de internet: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/15codigogeneraldeproces o_000.pdf 2 septiembre de 2013 Hora. 8.00 p.m.

procesal, sin tener en cuenta que, detrás de ello, se procura favorecer la celeridad, la publicidad, la concentración y la inmediación procesal, implicaría incurrir en un gasto deficitario o de pocos beneficios.

Y como exclama el profesor Bejarano⁵⁴:

El tiempo dirá si se logró el cometido, y en ello contará de manera determinante la actitud que asuma el Gobierno en términos económicos. En efecto, está por verse si efectivamente se van a realizar los millonarios desembolsos a la justicia para que implemente los recursos técnicos y humanos que requiere la nueva justicia oral. Si, como suele ocurrir, no se suministran los apoyos económicos, las normas de este nuevo Código General del Proceso, podrían convertirse en la más catastrófica desgracia legislativa, peor que la del esperpento de la tramposa reforma a la justicia, con la que casi asaltan a la Nación.

Dentro de los objetivos que se planteó el legislador sin duda se destaca el querer descongestionar a la rama judicial de los altos inventarios que se manejan, el implementar la oralidad en las audiencias y la celeridad imponiendo gravosas consecuencias a la inobservancia de tales.

9. La implementación de la oralidad desde la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Para tal menester dispuso desarrollarse un Plan de Implementación del Código y Comisión de Seguimiento el que al tenor del Artículo 618 del C.G.P se dice:

Artículo 618. *Plan de Acción para la Implementación del Código General del Proceso.* La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con la colaboración armónica del Ministerio de Justicia y del Derecho, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, elaborará el correspondiente Plan de Acción para la

⁵⁴ BEJARANO, Ramiro. De los Nuevos Procesos Declarativos en el Código General del Proceso. Ponencia presentada en el XXXIII Congreso de Derecho Procesal Cartagena 2013.

Implementación del Código General del Proceso que incluirá, como mínimo, los siguientes componentes respecto de los despachos judiciales con competencias en lo civil, comercial, de familia y agrario:

1. Plan especial de descongestión, incluyendo el previo inventario real de los procesos clasificados por especialidad, tipo de proceso, afinidad temática, cuantías, fecha de reparto y estado del trámite procesal, entre otras.
2. Nuevo modelo de gestión, estructura interna y funcionamiento de los despachos, así como de las oficinas y centros de servicios judiciales.
3. Reglamentación de los asuntos de su competencia que guarden relación con las funciones atribuidas en este código.
4. Creación y redistribución de despachos judiciales, ajustes al mapa judicial y desconcentración de servicios judiciales según la demanda y la oferta de justicia.
5. Uso y adecuación de la infraestructura física y tecnológica de los despachos, salas de audiencias y centros de servicios, que garanticen la seguridad e integridad de la información.
6. Selección, en los casos a que haya lugar, del talento humano por el sistema de carrera judicial de acuerdo con el perfil requerido para la implementación del nuevo código.
7. Programa de formación y capacitación para la transformación cultural y el desarrollo en los funcionarios y empleados judiciales de las competencias requeridas para la implementación del nuevo código, con énfasis en la oralidad, las nuevas tendencias en la dirección del proceso por audiencias y el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.
8. Modelo de atención y comunicación con los usuarios.
9. Formación de funcionarios de las entidades con responsabilidades en procesos regidos por la oralidad.
10. Planeación y control financiero y presupuestal de acuerdo con el estudio de costos y beneficios para la implementación del código;
11. Sistema de seguimiento y control a la ejecución del plan de acción.

Por su parte el artículo 627, numeral 6, de la Ley 1564 de 2012, estableció que el Consejo Superior de la Judicatura determinaría la gradualidad de la implementación del código general de proceso, en la medida en que se

ejecuten los programas de formación de funcionarios y empleados; y se dispusiera de la infraestructura física y tecnológica, y del número de despachos judiciales requeridos para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias.

En aras de dar cumplimiento a las anteriores órdenes se han expedido varios acuerdos, los que pasan en síntesis a relacionarse:

1) ACUERDO No. PSAA13-9809 de enero 11 de 2013. Se indica que resulta necesario que todos los despachos judiciales de la especialidad civil y familia finalicen el censo de procesos con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 618 de la Ley 1564 de 2012, así como decidir la creación de cargos permanentes y medidas de descongestión.

2. ACUERDO No. PSAA13-9810 de enero 11 de 2013. Mediante este acuerdo se adopta el Plan de Acción para la Implementación del Código General del Proceso el que literalmente del cual se desarrollan diferentes objetivos tales como:

2.1. Procesos clasificados por especialidad, tipo de proceso, afinidad temática, cuantías, fecha de reparto y estado del trámite procesal.

2.2. Nuevo modelo de gestión, estructura interna y funcionamiento de los despachos, así como de las oficinas y centros de servicios administrativos.

2.3. Reglamentación de los asuntos de competencia del Consejo Superior De La Judicatura que guarden relación con las funciones atribuidas en el Código General del Proceso.

2.4. Creación y redistribución de despachos judiciales, ajustes al mapa judicial y desconcentración de servicios judiciales según la demanda y la oferta de justicia.

2.5. Uso y adecuación de la infraestructura física y tecnológica de los despachos, salas de audiencias y centros de servicios, que garanticen la seguridad e integridad de la información.

2.6. Selección, en los casos a que haya lugar, del talento humano por el sistema de carrera judicial de acuerdo con el perfil requerido para la implementación del nuevo código.

2.7. Formación y capacitación.

2.8.- Modelo de atención y comunicación con los usuarios.

2.9. Formación de funcionarios de las entidades con responsabilidades en procesos regidos por la oralidad.

2.10. Planeación y control financiero y presupuestal de acuerdo con el estudio de costos y beneficios para la implementación del código.

3. ACUERDO No. PSAA13-9927 de junio 6 de 2013. Mediante este acuerdo se realizan ajustes al Plan de Acción para la Implementación del Código General del Proceso.

En buena medida se han realizado los censos de inventarios para abordar con seriedad la oralidad y se han tenido medidas de descongestión que buscan minimizar la carga de los despachos judiciales para que el funcionamiento de la oralidad no sea un caos como algunos pesimistas plantean, pues para el éxito y agilidad de los procesos se necesitan también cargas razonables para que los jueces puedan resolver de manera oportuna las causas sometidas a su conocimiento, la infraestructura física y tecnológica necesaria y por supuesto un compromiso personal y responsable de su misión.

Ya desde los Acuerdos PSAA13-9991, PSAA13-9987, PSAA13- 9996, PSAA13-10005, PSAA13-10013, PSAA13-10018, PSAA13-1004, se ponen en marcha con juzgados de descongestión al cual se acompaña un nuevo modelo de gestión, estructura interna y funcionamiento de los despachos, así como de las oficinas y centros de servicios judiciales, con la creación de juzgados de ejecuciones civiles, a quienes ya se les han asignado todas las actuaciones que sean necesarias para la ejecución de las providencias que ordenen seguir adelante la ejecución, inclusive la que se adelanten con ocasión de sentencias declarativas.

4. ACUERDO No. PSAA13-10073 de diciembre 27 de 2013. El acuerdo definió las etapas para la implementación gradual del Código General del Proceso, así:

ARTÍCULO 1°.- *Implementación gradual del Código General del Proceso.* Definir el siguiente cronograma para la implementación del Código General del Proceso:

FASE	DISTRITOS	FECHA
I	Manizales, Florencia, Montería, San Gil, Valledupar y San Andrés	Junio 3 de 2014
II	Armenia, Barranquilla, Arauca, Cali, Cúcuta, Medellín, Pamplona, Santa Rosa de Viterbo y Tunja	Octubre 1 de 2014
III	Antioquia, Bogotá, Bucaramanga, Buga, Cartagena, Cundinamarca, Ibagué, Mocoa, Neiva, Pasto, Pereira, Popayán, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo, Villavicencio y Yopal	Diciembre 1 de 2015

5. ACUERDO No. PSAA13-10155 de mayo 28 de 2014. Mediante la expedición de este acto administrativo se suspendió el cronograma de Implementación del Código General del Proceso previsto en el artículo 1 del Acuerdo PSAA13-10073 del 27 de diciembre de 2013, hasta tanto el Gobierno Nacional apropie los recursos indispensables y que fueron solicitados, para su entrada en vigencia.

En comunicado de prensa de la Presidencia de la Sala Administrativa de 31 de diciembre de 2014 se dice por esa entidad que se consolidó la oralidad (Ley 1395 de 2010) como forma de administrar justicia, que se había iniciado en el año 2012, y ya se cuenta con un nuevo cronograma en el 2015 para concluir su aplicación en todo el país, lo cual no parece probable dadas las continuas deficiencias presupuestales con que cuenta la rama judicial.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA PERICIAL, COMO MEDIO DE PRUEBA Y ACTO DE CONTRADICCIÓN EN AUDIENCIA POR PARTE DE LOS SUJETOS PROCESALES, CONFORME AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

INTRODUCCIÓN

Este capítulo se estudiará y desarrollará en dos secciones; la primera relativa al derecho de contradicción, en donde se aborda su conceptualización, objeto y fin, naturaleza, posiciones del demandado, los sujetos procesales frente a éste principio y su diferenciación con el derecho a la defensa y por supuesto la importancia que éste tiene en la dialéctica construcción del proceso, la segunda una aproximación a la prueba pericial desde sus orígenes históricos, naturaleza jurídica, significado, peculiaridades como medio de prueba, características, similitud y diferencia con otros instrumentos de prueba, en el objeto también se tratará lo concerniente a los informes técnicos y una visión desde el derecho comparado obviamente dentro del contexto del Código General del Proceso Colombiano, todo lo anterior busca propiciar herramientas y elementos de discusión dirigido a jueces, abogados y demás sujetos procesales para practicar esta prueba en este nuevo sistema de enjuiciamiento concentrado en audiencias. Es de esta forma como se busca dar respuesta al objetivo Nro. 1 de la Investigación, en el sentido de describir la prueba pericial como medio de prueba y acto de contradicción en audiencia por los sujetos procesales, conforme al Código General del Proceso.

A. DERECHO DE CONTRADICCIÓN

1. Concepto del derecho de contradicción.

Como correlativo al derecho de acción que tiene el demandante para dirigir la demanda ante el tercero supraordenado (juez), del demandado se desprende el derecho a contradecir, es decir a ser oído en el proceso, bien sea manifestando resistencia u oposición o allanándose a las pretensiones del activo.

El derecho de contradicción, es predicable de las personas jurídicas individuales, colectivas y patrimonios afectados a un fin, en donde su génesis y finalidad se encuentra enmarcada dentro del interés público, que consiste en el derecho de obtener la composición del conflicto intersubjetivo mediante la decisión del juez.

En el ejercicio de ese derecho el pasivo de la pretensión procesal puede según su antojo concurrir al proceso asumiendo una conducta pasiva o por el contrario, intervenir activamente, bien oponiéndose a las pretensiones y hechos argumentados por el demandante o argumentando hechos distintos que las desvirtúen, en forma de excepciones, o también puede allanarse a la demanda, lo cual no siempre podrá ser aceptado por el Juez, por cuanto podrá rechazar el allanamiento cuando advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar.

Respecto a lo que debe entenderse por derecho de contradicción, sostiene Alsina⁵⁵ que "...la contradicción, o sea el derecho a oponerse a la ejecución

⁵⁵ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I- Parte General, Ediar Soc. Anon Editores. Buenos Aires, 1956, p. 456.

del acto, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad.”, significado que según el autor peruano Daniel Linares Avilez⁵⁶, “...garantiza a las partes tomar conocimiento oportunamente de los actos que se produzcan dentro del proceso, a fin de poder ejercer los derechos correspondientes respecto de los mismos si lo consideran necesario.” Enfatizando el autor citado⁵⁷ que: “...quienes participan en el proceso deben estar enterados de todo lo que sucede en el mismo, a fin de garantizar la posibilidad que puedan ejercer su derecho de defensa, siendo del caso dejar constancia, que se cumple con este principio con el hecho de informar debidamente a la contra parte de aquello que está sucediendo, sin que sea necesario para la validez de los actos procesales que el afectado intervenga o se pronuncie al respecto.”

Por otra parte, el maestro Devis⁵⁸, define el derecho de contradicción, como aquel derecho de obtener una decisión justa del litigio que se le plantea al demandado o acerca de la imputación que se le sigue al procesado, mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener la oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer recursos que la ley consagre.

El profesor Azula⁵⁹ citando a Rocco, señala que el concepto responde al derecho que tiene el demandado o sindicado, con base al principio

⁵⁶ LINARES AVILEZ, Daniel. El principio de contradicción en materia cautelar, *Revista Actualidad Jurídica* 178 (Septiembre 2008). P. 2.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA. Manual de Derecho Procesal Civil. 1ª edición, Editorial U.C.C. Bogotá, 2010. P. 88.

⁵⁹ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2006. P. 134.

constitucional, para intervenir en el proceso y poder ejercer su defensa, noción que la doctrina nacional acoge.

Acerca de la contradicción como principio exponía el profesor Devis que⁶⁰:

Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios administrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues esta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla.

Entendiendo el significado de la contradicción como principio, expone Palacio⁶¹: que:

El principio de contradicción es aquél que prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella. Es que la decisión judicial no es fruto de una pura actividad oficiosa del tribunal, sino el resultado del proceso entendido como método pacífico y dialéctico de debate entre partes contrapuestas ante un tercero imparcial: el debate es entre las partes, y el juez reviste la situación de un tercero ajeno que independiente e imparcialmente resolverá el conflicto planteado: la Declaración Universal de Derechos Humanos (que tiene jerarquía constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994), dispone en su art. 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal **independiente e imparcial**, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Una norma similar contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 8°.1), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14).

En lo relativo al derecho de contradicción en penal Lotayf citado por Azula⁶² manifiesta que:

⁶⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I 1ª edición, Editorial Víctor P. de Zabalía. Buenos Aires.1970. P. 123.

⁶¹ Tomado de: www.acaderc.org.ar/.../principio-de-bilateralidad-o-contradiccion/at.../fil. Lotayf Rane, Roberto. Principio de Bilateralidad o Contradicción. Revista La Ley. 2011. Consultado el 16 de septiembre de 2013. 3:40 p.m.

La doctrina no es tan prolifera en penal como en civil, por la preponderancia que este ha tenido y la evolución registrada. Por esta razón no se ha profundizado sobre la contradicción, refiriéndola a estas instituciones. Ciertamente parte de las mismas bases del civil, en cuanto radica en el sindicado o procesado y con fundamento en la necesidad de vincularlo a la actuación y que pueda ejercer su derecho de defensa; pero, desde luego, las actitudes o conducta que puede asumir, aunque algunas las comparten, otras no son viables, por la naturaleza de esta rama.

En efecto, los sujetos son los mismos del civil y se inicia con la denuncia o la acusación, de acuerdo con el sistema imperante. Es viable que el sindicado o procesado adopte una conducta pasiva y espere simplemente los resultados del proceso. Los presupuestos también tienen operancia, aunque con ciertas limitaciones, pues no podemos hablar de capacidad para comparecer, por estar circunscrito el sujeto activo a las personas naturales y, dentro de ellas, a las que tienen la calidad de punibles. Queda cerrada la posibilidad de proponer excepciones dilatorias, aunque algunas de ellas fundan causales de nulidad.

Es decir, que en penal el derecho de contradicción está cimentado sobre las mismas bases del civil, más sin embargo no es tan amplio sino que tiene un ámbito de desarrollo más reducido y ello es justificable en la medida que los campos del derecho citado, no tiene el mismo objeto de protección, en atención a que si bien los dos buscan que impere la justicia y el orden legal, lo cierto es que el derecho penal al afectar prerrogativas humanas como la libertad y no sólo patrimoniales como lo hace civil, debe tener en el campo de la normatividad que rige sus procesos judiciales, particularidades especiales en lo concerniente al debido proceso, a la defensa y por ende la contradicción, del investigado y/o inculcado, aclarando eso sí, que dependiendo si el sistema es inquisitivo o acusatorio, también podrán haber ciertas diferencias en el contenido y alcance del derecho de contradicción, pero de todas formas el concepto de derecho de contradicción que

⁶² AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2006. P. 135-136.

establecen los doctrinantes Azula y Devis y que se citaron anteriormente, son perfectamente predicables en el derecho penal.

En la legislación colombiana y con base en el artículo 29 de su Constitución Política de 1991, se consagra que toda persona tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Se tiene que de esa acepción se desprende el derecho de contradicción que debe estar en todas las actuaciones tanto administrativas como judiciales, que en un sentido amplio debe ser considerado como la garantía que debe de tener cualquier persona de oponerse, contradecir o de poder ejercer medios de control sobre determinado acto que lo perturbe o llegare a afectar.

Descendiendo al campo de la etapa probatoria de un proceso judicial, el derecho de contradicción es la facultad que tienen todas las partes o los sujetos intervinientes en la misma de resistir, cuestionar, aclarar o complementar una actuación que de una forma u otra los puede afectar, ya sea en el proceso o frente a la sociedad.

A la par se considera importante señalar que en lo relativo al derecho de contradicción en el campo penal, la jurisprudencia constitucional ha establecido que resulta preponderante la garantía de participación del procesado, acusador, ministerio público e incluso la víctima en la construcción del proceso punitivo, así ha sostenido la Corte Constitucional⁶³:

Estos mandatos fueron desarrollados por los artículos 15 y 16 de la Ley 906 de 2004, según los cuales, el principio de contradicción concede a las partes en el proceso penal el “derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 371 de 11 de mayo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada". En tanto que el de inmediación incorpora el imperativo según el cual "en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas."

2. Objeto y fin del derecho de contradicción.

Se ha sostenido que el derecho de contradicción en los procesos judiciales no tiene por objeto lograr una providencia favorable al encausado en el juicio, por cuanto si ello fuere así, éste sólo ejercería el citado derecho al momento de pronunciarse sobre la acción que se interpuso en su contra, no estando facultado para ejercer el mismo en las demás etapas procesales, por lo que el objeto de este derecho, debe ser entendido como la oportunidad que debe gozar cualquier interviniente procesal para ser oído en el juicio y pueda ejercer su derecho de defensa en igualdad de circunstancias, facultades y cargas que los demás sujetos procesales.

Cierto es que el objeto del derecho de contradicción debe ser asimilado como la oportunidad que deben tener los sujetos procesales para ser oídos en el juicio y poder ejercer su derecho de defensa, es importante dejar sentado que en principio se podría pensar que el citado derecho no sólo es una prerrogativa de que goza el demandado, sino también otros intervinientes del proceso y los auxiliares de la justicia (curadores, liquidadores, secuestres, etc.), por cuanto no sería muy acorde que un perito se le cercenara la posibilidad que tiene de defender su experticia, es decir, si bien el citado no es auxiliar de la justicia dada la reforma procesal, está en el deber de rendir el dictamen que se le ha solicitado, de una forma imparcial y de conformidad con sus conocimientos especiales sobre el tema que ha adquirido en el desarrollo de su profesión, pero también tiene el derecho de defender su experticia ante cuestionamientos tanto de las partes del proceso

como del juez, que se le hagan al mismo, siendo importante resaltar que el juicio oral permite una concreción real y efectiva de esta prerrogativa, al permitir que se genere una verdadera inmediación con las partes al poder escuchar e interrogar directamente y de una forma oral al perito.

En el ejemplo dado, tal como está estructurado el derecho de contradicción, éste no puede estar en cabeza del perito de parte o perito-auxiliar de la justicia, cuando ha sido designado oficiosamente por el juez, porque tal situación llevaría a darle una categoría de “parte” en la acción, y con ello la facultad de poder *oponerse a la ejecución de actos* procesales o poder controlarlos para verificar su regularidad, por lo cual, lo que se debe afirmar es que el derecho que podría ejercer un perito en el trámite de la rendición de su experticia, es el de defensa respecto de la misma, prerrogativa que difiere en varios aspectos del derecho de contradicción. En síntesis el derecho de contradicción del perito debe matizarse con lo ya expuesto y entenderse que no es parte.

Dentro de éste contexto, el fin o lo que busca el derecho de contradicción, no es lograr determinar la verdad en el juicio, en atención a que el ejercicio del mismo por una parte, implica una posición sesgada y admisible sin que importe si está acorde con la verdad de los hechos que se buscan corroborar; puede suceder en el campo probatorio que un determinado medio de prueba sea lo más exacto o acorde con la realidad posible, pero ante el ejercicio de la contradicción de una o de las partes, éste quede parcial o totalmente cuestionable.

Ahora bien, no es del todo desacertado establecer que quien hace uso de la contradicción, lo que busca y por eso sería el fin de este derecho, es el convencimiento o la certeza del Juzgador respecto a determinado acto procesal, es decir, quien ejerce su derecho de contradicción lo hace no sólo

para ser escuchado en el litigio, sino también para cuestionar o sacar un beneficio de una actuación del proceso. Por ejemplo, en el campo del debate de la prueba pericial, cuando el dictamen es rendido, la parte que se ve afectada con el mismo, necesariamente deberá cuestionarlo para lograr ponerlo en tela de juicio ante el juez, y si la experticia si bien no lo desfavorece pero no es del todo contundente para su beneficio, deberá solicitar aclaración o complementación de la misma; en ambas hipótesis, lo que buscará el sujeto procesal, con su derecho de contradicción, será lograr convencer o darle una certeza al juez respecto de la validez plena o no del dictamen rendido.

Asimismo, Devis⁶⁴ explica el derecho de contradicción diciendo:

El derecho de contradicción no persigue una tutela jurídica concreta mediante una sentencia favorable al demandado, como el derecho de acción no la persigue favorable al demandante, sino una tutela abstracta por una sentencia justa y legal, cualquiera que sea, de fondo o inhibitoria, desestimatoria de la demanda o de las excepciones del demandado o bien favorable a aquélla o a éste. El resultado a que se llegue en la sentencia no depende ya del derecho de acción o de contradicción, sino del derecho material, los hechos y su prueba. En el derecho procesal moderno no es un contraderecho (la contradicción), ni se opone a la acción, sino que la complementa, y resulta su necesaria consecuencia, puesto que ambos tienen un mismo fin.

El derecho de contradicción existe desde el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independiente, no sólo de la razón o sinrazón que acompañe la pretensión del primero, sino de que el demandado se oponga o no y proponga o no excepciones. El derecho de contradicción tiene, pues, un origen claramente constitucional, y se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal: el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtir la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales; el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación y el de respeto a la libertad individual. Ni siquiera la ley puede desconocer este derecho, sin incurrir en inconstitucionalidad.

⁶⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Aguilar. Madrid. 1966 p. 206

Loutayf citando a Rocco, Rendeti, Rabbi.Baldi y Schönke, explica que⁶⁵:

La razón de este principio, dice Ugo Rocco, consiste en el hecho que en la función de realización de los intereses tutelados por el derecho hay que tomar en cuenta, no sólo todo aquello que el actor, haciéndose iniciador del proceso, afirma, sostiene y prueba, sino también la posición del demandado, que tiene un interés perfectamente contrario al del actor; y sólo mediante el contraste de la posición del actor y de la posición del demandado podrá suministrarse al juez un exacto criterio de decisión, sobre la base del material de prueba y de las argumentaciones, en hecho y en derecho, que la una y la otra parte hayan desplegado en el desarrollo del proceso. Siendo incierto en el proceso de cognición cuál de las partes tiene efectivamente razón, y por tanto, cuál es la tutela acordada por el derecho a un determinado interés, el principio de igualdad importa que a la pretensión del actor al acogimiento de la demanda, corresponde una pretensión del demandado al rechazamiento de la misma.

Coincidentemente, Redenti señala que la razón por la cual prescribe la ley la institución del proceso en contradictorio, es la de poner a aquel contra quien se dirige la acción-pretensión, en condiciones de hacer valer ante el juez sus razones y excepciones en sentido contrario.

Rabbi-Baldi Cabanillas destaca la opinión de Salvatore Amato quien ha escrito que “toda la experiencia procesal se justifica en virtud de una hipótesis que hay que demostrar” en el contexto de un encuentro entre partes guiadas por un tercero imparcial. En efecto, “la conocidísima definición del proceso como *actus trium personarum* indica la extrema importancia del momento del encuentro”, ya que mientras “el conflicto es siempre estructuralmente dual”, en la medida en que “presupone sólo dos fuerzas contrapuestas (...) el diálogo es siempre estructuralmente ternario”, toda vez que “presupone que existe un elemento de comunicación que es siempre ulterior respecto de las partes que entran en relación”. Ahora bien: así como cada cual “tiene derecho a su propia visión de las cosas (...) sabe desde el principio que esta visión será puesta en duda...”, de donde “la relacionalidad impone el riesgo de la relatividad y la relatividad garantiza la permanente apertura del intercambio relacional.

Un procedimiento en que sólo se concediera audiencia a una parte, dice Schönke, no sería un proceso civil.

⁶⁵ Tomado de: www.acaderc.org.ar/.../principio-de-bilateralidad-o-contradiccion/at.../fil. Lotayf Rane, Roberto. Principio de Bilateralidad o Contradicción. Revista La Ley. 2011. Consultado el 16 de septiembre de 2013. 3:40 p.m.

Así las cosas, de una forma resumida, se podría establecer que el objeto del derecho de contradicción es dar posibilidades a los sujetos procesales de un proceso judicial, de poder pronunciarse con efectos vinculantes respecto de un determinado acto procesal y cuyo fin es lograr que ese pronunciamiento pueda hacer efectivo materialmente el derecho de defensa que debe de tener quien genera ese acto (demandante, demandado, entre otros), para así lograr el convencimiento o la certeza del Juez respecto a los efectos vinculantes que debe de tener esa actuación. Además que como clarifica el maestro Devis⁶⁶:

El derecho de contradicción no es opuesto al de la acción, sino es un complemento de ella, el objetivo y finalidad de las dos son iguales; para los dos el objetivo es el debido proceso y el fin es la solución justa a la situación planteada en el mismo proceso, es decir la sentencia que defina el proceso, pero que cuyo resultado no dependen de los dos derechos sino del derecho material pretendido por el demandante y de las excepciones que se le opongan al mismo, y en ambos casos de las pruebas que se alleguen al proceso.

Así entendiendo ya el derecho de contradicción, no se oteará como el simple interés subjetivo que naturalmente encierra, sino que también se advertirá como señala el profesor Taruffo, el que acompase los elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera y obtener por supuesto una decisión justa.

Pues bien, y ya desde el punto de vista constitucional el principio de contradicción de la prueba es una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo. Con respecto a la práctica de pruebas anticipadas en relación con el derecho de contradicción dijo el máximo tribunal constitucional⁶⁷ que:

⁶⁶ DEVIS, Op. cit., P. 206.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 830 del 8 de octubre de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales.

Además de que esa corporación ha señalado que⁶⁸:

“Ciertamente, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-146 de 2007, se reitera que “el derecho de contradicción del cual es titular el demandado se concreta en la presentación de las excepciones, y se dirige a desconocer las pretensiones del demandante, por inexistentes o inoportunas”, que no podrán ser oponibles si no se conoce previamente algún cambio en el sujeto procesal contrario.”.

3. Naturaleza del derecho de contradicción.

Al derecho de acción se enfrenta el derecho de contradicción, como apunta el profesor Azula⁶⁹, y bien si esos derechos son correlativos y complementarios y persiguen por ende, la misma finalidad, o sea, satisfacer el interés general de preservar la paz y armonía social, y, secundariamente, el propio de cada parte, teniendo así mismo un objeto común, cual es el proceso y con él la sentencia, necesariamente tiene que concluirse que el derecho de contradicción es de carácter abstracto, público y diferente del derecho alegado o de la misma actitud asumida por el demandado (allanarse u oponerse).

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 148 del 5 de marzo de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁹ AZULA, Op. Cit. P. 135

En los procesos judiciales, se sostiene que desde el instante que es admitida la acción por parte del operador judicial, existe o surge el derecho de contradicción, independientemente de lo que se solicite o se pretenda con la demanda, por cuanto el nacimiento de este derecho es una prerrogativa a favor del demandado que le permite oponerse o no a la misma y la posibilidad de ser escuchado en el trámite del juicio y de poder cuestionar los diversos actos que se realicen en el mismo, siendo pertinente determinar que este derecho en un sentido restrictivo sólo se entendería a favor del accionado. Hipótesis que no se comparte por cuanto del mismo también gozan otros sujetos procesales, como son los litisconsortes necesarios, los que debe integrar el operar judicial conforme al mandato establecido en el artículo 42 del C.G.P, o en algunas ocasiones llamados en garantía, entre otros, los cuales intervienen en la actuación judicial, no por medio de su derecho de acción ni mucho menos el de la contradicción en una forma normal, sino que ejercitan este último ante el llamado que les hace el Juez o las partes en el proceso, que en algunas ocasiones les permite situarse o en la parte activa o pasiva del trámite procesal, además de que no sería muy acorde con el ordenamiento jurídico constitucional vedarle a estos terceros intervinientes su derecho de contradicción.

Como la acción, dice Rico⁷⁰, más allá de las disputas conceptuales sobre su naturaleza jurídica, por la doctrina se han identificado y admitido, mayoritariamente, las notas que lo identifican como derecho público, abstracto, indeterminado pero determinable, anterior al proceso e independiente del derecho sustancial, cada una de las cuales es predicable en consecuencia del derecho de contradicción.

⁷⁰ RICO PUERTA, Luis A. Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Leyer. Bogotá. 2013. P. 471.

Ahora bien, el derecho de contradicción no sólo debe ser entendido como un derecho sino también como un principio procesal, que según Calamandrei⁷¹, es el principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es técnicamente el dispositivo psicológico más apropiado para garantizar la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez; lo que en palabras de Fernández Romo⁷² facilita no sólo la defensa de las partes sino también el interés público de la justicia. Igualmente, este autor, señala que el fundamento de la contradicción como principio procesal no es del todo claro, por cuanto unos consideran que se encuentra implícito en el principio de dualidad de partes, otros en el de igualdad procesal, y otros en el derecho a la defensa.

Asimismo, es pertinente tener presente conforme alude el Maestro Devis⁷³, que con fundamento en el principio de contradicción, la parte contra quien se opone una prueba debe contar con la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes.

Por su parte Farías⁷⁴, indica que conforme a este principio, no pueden incorporarse pruebas de forma secreta o clandestina, ya que debe necesariamente oírse a la parte contraria, en virtud de que el juez basará su decisión en los hechos alegados y probados por las partes. Este principio

⁷¹ CALAMANDREI, P. Proceso y Democracia, Traducción de Fix Zamudio, Buenos Aires, Argentina, 1960, p. 148.

⁷² FERNANDEZ ROMO, Rodolfo Máximo. El principio de contradicción en la jurisdicción ordinaria de los tribunales provinciales en Cuba, Ciudad de la Habana, Cuba, Editorial Universitaria, 2008, p. 40.

⁷³ DEVIS, Op. cit., P. 123.

⁷⁴ FARÍAS JUÁREZ, José Alexy. Control y Contradicción del medio de prueba de informes en el Códigode Procedimiento Civil Venezolano, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. V, No. 2 (Julio-Diciembre 2011), p. 15.

constituye una manifestación del derecho a la defensa, orientado a que los medios probatorios promovidos no se valoren, no se les otorgue eficacia probatoria, y está compuesto por dos figuras, a saber: la oposición y la impugnación; y enfatiza el autor citado que al analizar la aplicación del referido principio dentro del contexto de un proceso, se observa que las partes además de tener conocimiento de los medios de prueba traídos por su contraparte, tendrá además la oportunidad de vigilarlos, fiscalizarlos en su evacuación o antes de incorporarse a las actas.

La contradicción como garantía de los derechos fundamentales, ha sostenido la doctrina que efectiviza la participación activa de las partes procesales en el período probatorio, con el fin de hacer efectivo un adecuado uso de sus derechos dentro del proceso y con ello permitirle al juez una correcta aplicación de las normas procesales y sustantivas, además como alude el cubano Rodolfo Fernández⁷⁵ al señalar que:

...como garantía fundamental se reconoce a todas las partes; su contenido esencial estriba en que se les ofrezca la posibilidad de ser oído en toda actividad probatoria del proceso y se trata, a diferencia del proceso civil, de un derecho no renunciable, ya que los intereses en juego y sus consecuencias son muy diferentes. Además que⁷⁶: La regulación del principio de contradicción como garantía de los derechos fundamentales, en textos constitucionales, es muy diversa. En ocasiones se advierte de forma tácita cuando se prohíbe indefensión o cuando se exige el derecho a un proceso con todas las garantías, lo que motiva que se le llegue a confundir con el derecho a la defensa y con los principios de dualidad de partes y de igualdad de armas.

Sin embargo, la materialización del derecho a la defensa y de los principios de igualdad de armas y de dualidad de partes, exigen una organización y estructuración procesal mínima, que permita al acusado resistir la acusación a través de la contra-argumentación, de la

⁷⁵ FERNANDEZ ROMO, Rodolfo Máximo. El principio de contradicción en la jurisdicción ordinaria de los tribunales provinciales en Cuba, Ciudad de la Habana, Cuba, Editorial Universitaria, 2008, p. 45.

⁷⁶ Ibídem, ob. cit., p. 44-45.

impugnación y de la oposición, o dicho con otras palabras, no es otra cosa que controversia y contradicción, por lo que debe concebirse como una garantía autónoma.

Loutayf⁷⁷ explica que el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia se lo puede representar a través del aforismo latino “*audiatur et altera pars*”, o del menos conocido “*nemo debet inaudito damnari*”. En Alemania se lo suele expresar a través del siguiente proverbio en rima: “*Eines mannes red ist keine red, der ritcher soll die deel verhoered beed*” (“la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes”). A lo que se agrega como dijo Eleonora Roosevelt “*Justice cannot be for one side alone, but must be for both*” (la justicia no solo puede ser de un lado, debe serlo de ambos.”. Finalmente señala Loutayf respecto a la naturaleza de la contradicción que⁷⁸:

Al principio de bilateralidad o contradictorio se lo puede visualizar como un “**principio procesal**”. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española dice que “*principio de derecho*” es la “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”. Procurando una mayor precisión, hay doctrina que considera que sólo puede considerarse como “principios” a aquellos que son *unitarios* en cuanto no admiten la existencia de un par antinómico (v. gr., la igualdad), a diferencia de los *binarios* que admiten su par antinómico (v. gr. oralidad y escritura). En sentido coincidente, Falcón distingue los *sistemas* y los *principios*: los primeros, dice, son bifrontales en cuanto tienen, por lo menos, dos opciones (v. gr. se puede cambiar el sistema oral por el escrito o viceversa); en cambio, los *principios* no admiten un modelo distinto sin entrar en colisión con los fundamentos mismos del sistema general de organización de un Estado, la sociedad o la lógica o la ciencia, como, por ejemplo, “el principio de bilateralidad”, el ético o el de tercero excluido. No hay dudas, entonces, que la bilateralidad de la audiencia constituye un principio, dado que ningún aspecto puede admitirse el dictado de una decisión jurisdiccional sin haber observado el debido contradictorio.

⁷⁷Tomado de : www.acaderc.org.ar/.../principio-de-bilateralidad-o-contradiccion/at.../fil.. Lotayf Rane, Roberto. Principio de Bilateralidad o Contradicción. Revista La Ley. 2011. Consultado el 16 de septiembre de 2013. 3:40 p.m.

⁷⁸Ibídem.

Se puede afirmar que , es posible determinar que la contradicción es un derecho fundamental, para ello se tiene que en el caso de Colombia, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29 señaló que “Quien sea sindicado tiene derecho...a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, norma constitucional que sin lugar a dudas coloca en un estado de fundamental el derecho de contradicción de las partes, igualmente esa carta fundamental reitera la importancia de ese derecho en el campo del proceso penal, al consagrar que la Fiscalía General de la Nación (órgano gubernamental que tiene el ejercicio de la acción penal) debe asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción y presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías⁷⁹.

Al tener el derecho de contradicción una naturaleza de garantía fundamental para quien debe ser convocado al juicio y para garantizar su comparecencia, la normatividad anterior y la vigente estableció para hacer efectivo ello, los diferentes recursos de que goza la parte en el trámite del proceso, y en especial, en lo que se refiere al recurso extraordinario de revisión, el Tribunal supremo de la jurisdicción ordinaria, ha señalado⁸⁰:

Como ya se dijo por la Corte, el recurso de revisión no se instituyó para que los litigantes remedien errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia que se impugna. El recurso de revisión tiende derechamente a la entronización de la Justicia, al derecho de defensa claramente conculcado y al imperio de la cosa juzgada material. (Sent. 16 sept. 1983, junio 30 de 1988, entre otras). (Sentencia de 24 de noviembre de 1992)

⁷⁹ Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de septiembre de 2013. Ref.: 11001-02-03-000-2010-00906-00 M.P. Ariel Salazar Ramírez.

2. El artículo 380 del código de procedimiento civil consagra los únicos nueve casos en los que es pertinente fundamentar la revisión de una sentencia.

2.1. La causal contenida en el numeral 7º del artículo 380 del estatuto procesal preceptúa: *Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152 [debe leerse 140], siempre que no haya saneado la nulidad.*

(...)

El aludido numeral parte de una premisa garante del derecho de contradicción: que el interesado pueda reclamar contra la falta de notificación o de emplazamiento en legal forma cuando se le haya dejado en imposibilidad de comparecer al proceso pese a que el demandante tenía conocimiento del lugar en donde hubiera podido surtir la respectiva notificación.

Su fundamento estriba *en la injusticia que implica adelantar un proceso a espaldas de quien ha debido brindársele la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, o cuando menos de ser oído, notificándolo o emplazándolo debidamente, o asegurando su correcta representación.* (Sentencia 033 de 9 de abril de 2007).

Así pues, se tiene que la naturaleza jurídica de la contradicción, puede ser entendida como la de un principio procesal, garantía o derecho fundamental que deben tener los sujetos en las diversas etapas del proceso.

4. Posturas que puede asumir el demandado cuando ejerce el derecho de contradicción.

El derecho de contradicción permite al demandado asumir o adoptar varias conductas, que pueden detallarse así:

4.1. Una conducta pasiva: el demandado comparece al proceso, sin que manifieste ninguna acción, asume una actitud contemplativa lo que no releva al demandante del proceso quedando entonces a cargo del demandante la carga de probar los supuestos de hecho y derecho en que finca sus pretensiones.

Ahora bien, la falta de contestación de la demanda al tenor del artículo 97 del Código General del Proceso, hará presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto lo que debe tener en cuenta el demandado.

4.2. Una conducta activa: una oposición dirigida al tercero supraordenado y que busca también se edifique la decisión con base a sus argumentos, es como la pretensión un reflejo de manifestación de la voluntad de una parte.

Dentro de sus elementos son fácilmente identificables:

(i) los sujetos como activo el demandado, pasivo el demandante y tercero supraordenado el juez;

(ii) en cuanto al objeto es la tutela jurídica que se reclama;

(iii) la causa constituida en el móvil que lleva a su interposición, fundada en los hechos que se debaten en la relación jurídica material, bien para que por tal medio se pueda constituir, extinguir o modificar la relación jurídica pretendida por el actor;

(iv) la razón, entendida como el amparo que el ordenamiento jurídico, o mejor el derecho objetivo de orden sustancial normativo en que se cimenta la oposición y por último

(v) El fin es obtener una sentencia favorable al demandado en lo que presentó resistencia.

Internamente de la oposición se puede asumir como contrapuesta a la pretensión, la formulación de excepciones y objeción.

4.3 Allanamiento. También otras maneras de ejercer el derecho de contradicción sería mediante el allanamiento, que se estructura cuando el accionado acepta las pretensiones de la demanda y los hechos en que esta cimentada, que puede ser expresa o tácitamente; llamando a terceros a que comparezcan al proceso y a través de la demanda de reconvención, que la utiliza el demandado en contra de la parte actora para buscar sus propias pretensiones, dando con ello origen al nacimiento y tramite de otra demanda dentro de un mismo proceso.

4.4. Contradicción, controversia, objeción. En relación con los medios de prueba, dentro las posturas que pueden adoptar el demandado o el actor al momento de ejercer su derecho de contradicción frente a los actos procesales del proceso, en especial con relación a la prueba, se tienen que pueden ser actitudes de contradicción, de controversia o de objeción, no siendo las mismas iguales ni tienen los mismos efectos, esto debido a que sólo en el plano conceptual, la palabra contradicción lo define el diccionario de la Real Academia como la “*Acción y efecto de contradecir*”⁸¹, a controversia como una “*Discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas*”⁸² y a objeción la describe como la “*Razón que se propone o dificultad que se presenta en contra de una opinión o designio, o para impugnar una proposición*”⁸³.

⁸¹ Diccionario de la Lengua Española. Tomado de internet: <http://lema.rae.es/drae/?val=contradici%C3%B3n>, 7 de febrero de 2015 Hora 11:05 a.m.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

Queda definido, que en el plano jurídico, se tiene que la contradicción es la facultad que tiene una parte para intervenir en el proceso y poder ejercer su defensa, mientras que controversia se entiende que existe cuando hay un cuestionamiento de varias partes sobre un mismo punto pero con diferentes interpretaciones, en cambio la objeción es un mecanismo con el cual una persona puede expresar su inconformidad respecto de un acto procesal que ella debe realizar o que se realice en el trámite de un proceso, siendo pertinente indicar que la objeción en el plano procesal es una manifestación del derecho de contradicción. Explicado ello, se debe manifestar que por regla general en los procesos judiciales se presentan las tres figuras citadas, más no en cada una de sus etapas, pues puede suceder que la parte demandada o un tercero que integre el contradictorio, conteste la acción y se oponga a la misma y con ello genere la controversia, pero de ahí en adelante su actitud sea pasiva y no ejerza su contradicción (Donde se incluye la objeción) frente a los demás secuencias procesales.

5. El derecho de contradicción en los sujetos procesales.

Como ya se estableció en el numeral precedente, resulta importante destacar el papel de los sujetos procesales en torno al derecho de contradicción.

Respecto de quien es la persona que es el titular del derecho de contradicción, se tiene que la parte activa en cuanto en contra de él se dirige la pretensión es el demandado y el sujeto pasivo el Estado a quien le corresponde como se aludió en precedentes líneas garantizar el pleno ejercicio de tal principio constitucional.

Valga desde ya aclarar que si bien se ha venido sosteniendo que el derecho de contradicción le corresponde el demandado, ello es aceptado sin mayores ambages cuando se integra la relación jurídico procesal; ahora bien,

una vez integrada la relación jurídica procesal, el derecho de contradicción deja de ser del exclusivo resorte del pasivo y tal derecho se extiende y cubija a todas las partes e intervinientes dentro del proceso, dentro de las oportunidades procesales que el legislador establezca.

Ya en el debate probatorio la oportunidad del ejercicio de la contradicción se extiende de manera simbiótica, pues sin ella el medio probatorio se encuentra debilitado y puede llevar a la ineficacia de ciertos actos procesales por su pretermisión, ofreciéndoles así la posibilidad de ser oídos en suerte dialéctica, no solo en la recaudación de las pruebas sino en todos los momentos en que ésta se avenga dentro del proceso y con ello poder contradecir la percepción de su contraparte, por lo que en un momento dado, tanto el demandante como otros sujetos procesales (Llamado en garantía, Interviniente Ad Excludendum y otros), podrán ser también sujetos del derecho de contradicción, no siendo una prerrogativa exclusiva del accionado.

6. Diferencias entre el derecho de contradicción y defensa.

Antes de entrar a determinar las diferencias entre el derecho de contradicción es pertinente hacer algunas precisiones sobre estos dos derechos:

En el derecho penal se sostiene que el derecho de defensa del imputado o acusado, es un derecho dual, porque contiene otros dos derechos fundamentales del *ius puniendi*, como lo son el de contradicción, al cual le dan un carácter estructural al igual que el de la igualdad, y el acusatorio, que se vincula con el objeto del proceso.

La Corte Constitucional⁸⁴ por su parte ha señalado que una consecuencia de que en un proceso se limite del derecho de contradicción es que lo mismo sucedería respecto del derecho de defensa, conclusión que se puede manifestar cuando concluyó que:

Entonces, tenemos, que solamente las notificaciones cumplen el propósito de dar a conocer en forma efectiva las providencias que se dicten, por lo que, el hecho de limitar dicha forma de comunicación a determinados actos procesales, priva del principio de contradicción y por ende, del derecho constitucional de defensa, otros actos procesales que pueden ser proferidos durante el trámite del proceso disciplinario y, que por la naturaleza misma de la decisión que contienen deben ser conocidas por el disciplinado, para poderlos controvertir. Así ocurre, entre otros, con los autos que señalan fechas para la práctica de pruebas, los que decretan una nulidad, los que disponen sobre la acumulación de procesos disciplinarios y, en general, con otras providencias interlocutorias diferentes a las citadas en la norma demandada.

En reciente pronunciamiento al examinarse la constitucionalidad de los artículos 90, 91, 98, 101 y 122 de la Ley 1395 de 2010, en el que explicitaban recursos de apelación contra autos y sentencias en materia penal, consideraban los demandantes que los preceptos mencionados eran violatorios de los derechos al debido proceso, a la favorabilidad (Art. 29 C.P), a la doble instancia (Art. 31 C.P.), al acceso a la administración de justicia (Art. 229), al principio acusatorio previsto en el artículo 250 de la Carta, y a las normas del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, relativas al debido proceso y al derecho de defensa. Tuvo entonces oportunidad la Corte⁸⁵ de referirse al derecho de defensa y adujo:

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 892 de 10 de noviembre de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 371 de 11 de mayo de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Ha destacado así mismo la jurisprudencia que en el proceso de producción del derecho, como en el de su aplicación, las distintas garantías que conforman la noción de debido proceso pueden entrar en tensión. Así, en ciertos casos el principio de celeridad puede entrar en conflicto con la garantía de contradicción probatoria, o con el derecho de defensa, pues un término judicial breve, naturalmente recorta las posibilidades de controversia probatoria o argumentativa. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que algunas de las garantías procesales son prevalentes, pero también ha aceptado que otras pueden verse limitadas a fin de dar un mayor alcance a intereses públicos legítimos o a otros derechos fundamentales implicados.

En la providencia en cita (C-371/11), se resaltó lo dicho por la corporación en sentencia C-648 de 2001, en donde se expresaba que:

Algunos de los derechos sustanciales tutelados por las normas superiores relativas al debido proceso son prevalentes por su misma naturaleza. Tal el derecho a no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, o el principio de favorabilidad, los cuales no admiten limitaciones. Otros derechos, en cambio, y tal es el caso del derecho de defensa y de contradicción, pueden verse limitados para garantizar intereses legítimos alternos, siempre y cuando su núcleo esencial no resulte desconocido, y las limitaciones establecidas sean razonables y proporcionadas.

18. De este modo, la Corte ha admitido que algunas garantías procesales, -y entre ellas el derecho de defensa y contradicción- no son absolutas y pueden ser limitadas por el legislador, siempre que no se vea afectado su núcleo esencial, la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no se desconozcan otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la igualdad.

En todo caso, el abstenerse de ejercer la defensa en cualquier campo del derecho origina consecuencias que en algunas ocasiones pueden ser adversas. En la jurisprudencia constitucional existen varios referentes en donde se pueden evidenciar efectos indeseados en tanto la producción, aportación y valoración de ciertos medios de prueba cuando la contradicción

no ha tenido lugar, para lo cual se cita entre otras las siguientes consideraciones del órgano de cierre de la justicia civil así⁸⁶:

Las declaraciones extrajuicio, protocolizadas por medio de las escrituras públicas militantes del folio 165 al 29 del cuaderno principal, carecen de mérito probatorio, habida cuenta que fueron recibidas sin intervención de la parte aquí demandada y no se ratificaron en el proceso (artículo 229 del C. de P. Civil), mecanismo indispensable para garantizar el derecho de contradicción y la inmediación del juzgador en el recaudo de la prueba (Sent. Cas. Civ., 31 de agosto de 2011, Exp.No.1994 04982 01)”.

Igualmente iteró que⁸⁷

Ello explica que el Código de Procedimiento Civil, aún antes de la reforma que introdujo el Decreto 2282 de 1989, estableciera que la apreciación en un proceso de ese tipo de declaraciones, esto es, de las que se recibieron con fines judiciales, requiere de su ratificación, como mecanismo indispensable para garantizar, de una parte, el pleno ejercicio del derecho de contradicción, y de la otra, la inmediación del Juez del conocimiento en el recaudo del medio de prueba. De allí que el artículo 229 de dicho estatuto, precise que ‘Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:...2o. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299’, caso en el cual ‘se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción de testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior’, e igualmente que podrá prescindirse de ella cuando las partes de consuno lo soliciten, y el juez no la considere necesaria (Cas. Civ., sentencia del 19 de noviembre de 2001, expediente No. 6406; se subraya).

Sin que pueda la Sala juzgar a la luz de las exigencias consagradas en el citado artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2289 de 1989, la procedencia de las declaraciones de que ahora se trata, habida cuenta que ningún reparo al respecto elevó el recurrente, se concluye que ellas, en tanto que, como ya se señaló, fueron recibidas sin intervención de la parte aquí demandada y no se ratificaron en el interior del presente proceso, no podían ser apreciadas por el Tribunal, ni siquiera como pruebas de refuerzo, pues estaban, y están, desprovistas por completo de mérito demostrativo.

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de 10 de abril de 2012. Ref.: 5000131030012003-03026-01 M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de agosto de 2011 Ref.: 27001-3103-001-1994-04982-01 M.P. Arturo Solarte Rodríguez

De las decisiones jurisprudenciales citadas se tiene claro entonces, que el derecho de defensa es movimiento, es actividad, es otorgarle al demandado, imputado o acusado, posibilidades reales de ser escuchado y de controvertir los diferentes actos procesales, las cuales deben estar consagradas en el ordenamiento jurídico bajo unas reglas preestablecidas activas desde la vinculación al proceso.

Ahora bien, el derecho de defensa hace parte del derecho de contradicción que encierra una connotación no solo activa (defensa) sino pasiva cuando así lo considera el demandado, quien asume el riesgo procesal de su silencio.

De allí que pueda indicarse que el derecho de contradicción es un derecho mucho más amplio, que implica a su vez defenderse o simplemente no defenderse dentro del proceso, porque se considera que de esa forma se ejerce la contradicción dentro del mismo.

7. Importancia del derecho de contradicción en la formación de los medios de prueba.

Se ha explicado en síntesis lo que significa el derecho de contradicción en cuanto a su concepto y alcances, pero también no se debe de perder vista que el citado postulado tiene una importancia vital para la constitución de todos los medios de prueba que aportan las partes o que se practican en el trámite del proceso, y ello lo ratifica la Corte Constitucional⁸⁸ cuando señala que:

Los principios de inmediación y contradicción cumplen su papel estelar y protagónico en el proceso producción de la prueba, tarea que en el

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 371 de 11 de mayo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

contexto del sistema acusatorio se desarrolla en la fase del juicio oral. Tal como se deriva del texto constitucional (art. 250.4) que establece las características del juicio en el sistema penal acusatorio, los principios de inmediación y contradicción técnicamente despliegan su eficacia en el momento del debate probatorio, con miras a facilitar y optimizar la actividad cognitiva propia proceso de conocimiento que acompaña la producción de la prueba. La actitud crítica, consciente y controlada que debe asumir el juez que dirige el debate en el juicio oral, exige el contacto directo con los actores que intervienen en esa fase.

De tal manera que la contradicción junto con el principio de la inmediación son los que realmente le dan dinamismo a la formación del medio de prueba en el campo probatorio y su posterior valoración por el Juez al momento de decidir el litigio, y especialmente en los procesos que se rigen por el trámite de la oralidad, como lo son el laboral, penal, administrativo y con el nuevo Código General del Proceso en el civil y familia, y para entender ello resulta pertinente indicar que la jurisprudencia constitucional señala al respecto que⁸⁹:

La jurisprudencia de esta corporación, se ha pronunciado sobre el alcance de estos principios, reiterando y respaldando la naturaleza y fines que les asigna la teoría de la prueba como criterios rectores de la producción y valoración de los medios de convicción. De este modo, los desarrollos jurisprudenciales de esta Corte se inscriben en el contexto que establece el Acto Legislativo No. 03 de 2002 respecto de los principios de contradicción e inmediación, ubicándolos en el ámbito del régimen probatorio. Así, en la sentencia C-873 de 2003, refiriéndose a los cambios trascendentales que el Acto Legislativo No. 3 de 2002 introdujo en el sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, específicamente en materia probatoria, sostuvo:

...Cabe resaltar, por ejemplo, el nuevo alcance de los principios de inmediación y de contradicción, ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el juez y los jurados y, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa el derecho de contradicción". (Se destaca).

En Sentencia C-591 de 2005 la Corte, al analizar la constitucionalidad, entre otras normas, del artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que contempla la inmediación probatoria, se pronunció sobre el alcance de los

⁸⁹ Ibídem.

principios de inmediación y contradicción como elementos integrantes del derecho de defensa en el marco del debate probatorio.
(...)

En similar sentido la sentencia C- 536 de 2008, afirmó:

“...Se afirma que en el nuevo sistema acusatorio -numeral 4 y el último inciso del artículo 250 de la Carta- se introdujeron modificaciones importantes en materia probatoria, dentro de las cuales se encuentra el alcance de los principios de **inmediación y de contradicción**, ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el juez y los jurados y, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa el derecho de contradicción”. (Subrayado fuera del texto original)

En síntesis, del texto constitucional (numeral 4 del artículo 250) que establece las características del juicio en el sistema de tendencia penal acusatoria, así como de la jurisprudencia de esta Corporación que lo desarrolla, se puede establecer que los principios de inmediación y contradicción, que con ahínco invocan los demandantes como vulnerados en la fase de ejercicio de los medios de impugnación de providencias judiciales, técnicamente despliegan su fuerza y eficacia garantista en el momento del debate probatorio.

Así las cosas, ha señalado la Corte Constitucional, que el derecho de contradicción es uno de los cimientos de la producción y valoración de los medios de convicción en el sistema oral, esto bajo el entendido de que los instrumentos de prueba son sujetos a dicho derecho durante su práctica, es decir, que al estar las partes y el Juez en contacto directo con el medio de prueba para su fabricación, pueden ejercer mecanismos de contradicción y por ende de verificación respecto de su contenido y alcance, generando que el director del proceso no valore la prueba solamente en un sentido material y formal, sino en atención y teniendo en cuenta todos los reparos de que fue objeto la misma durante su contradicción, y de esta forma decidir el litigio con base en estructuras probatorias cuestionadas por las partes, lo cual le da a la decisión final una especie de legitimación en lo que tiene que ver en el régimen probatorio de esta. Las situaciones mencionadas son las que

indiscutiblemente permiten determinar la importancia que tiene el derecho de contradicción en la formación de las pruebas no solo en el campo penal sino en todos aquellos que se tramitan o tramitarán bajo el sistema oral y por ende de inmediación directa de la prueba, lo cual no ocurre en el sistema escrito, donde ya se sabe, no existe una verdadera inmediación del Juez con la práctica del instrumento de prueba, y donde las partes ejercen su derecho de contradicción a través de escritos y no personalmente, como si lo permite y es una de las consignas del juicio oral.

Igualmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁹⁰ ha señalado la trascendencia del derecho de contradicción en el debate real de los medios de prueba, expresando que:

Conforme al contenido, así como en las proyecciones de orden material del principio de contradicción, también llamado de bilateralidad o contradictorio, el sujeto pasivo del procedimiento cuenta con la opción real de debatir los medios de prueba que sean presentados en su contra.

Y, sólo en la medida en que dicha manifestación del axioma referido se observe (junto con otras de contenido general como el acceso a la justicia), resulta viable configurar la concordancia dialéctica propia del diligenciamiento o el llamado “*debate antitético o de oposición*”.

(...)

En torno a dicho particular, la Sala ha señalado en sentencia del 2 de octubre de 2001, proferida en el radicado 15286, lo siguiente:

“c) En materia de prueba de testigos, también opera la contradicción y lo deseable sería que en todo caso se tuviera la certeza de poder contrainterrogarlos personal y directamente, por parte tanto del imputado como de su defensor, todo en aras de la más fina protección material y técnica. Sin embargo, como también lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia, ese anhelo choca en veces con la realidad, que enseña muchas excepciones, por ejemplo cuando el testigo desaparece, cambia de lugar de residencia, está enfermo, muere o se halla en el extranjero

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2011. Proceso 32996

o, por cualquier razón, le es imposible concurrir al debate directo y personal...

Este punto de vista, acoplado sin duda a las tesis dominantes ecuménicamente, es el seguido por la Sala que, con criterio real y de verdad, ha dicho que ‘...el derecho de contradicción no se reduce a la intervención de la defensa en la práctica de pruebas, sino que también se ejerce cuando se piden pruebas, cuando éstas se critican en sí mismas y con relación al resto del material probatorio, cuando se impugnan las decisiones, cuando se alega, etc’; que el derecho citado ‘...no se circunscribe al contrainterrogatorio de los testigos..., pues ésta es sólo una de las distintas formas de poner en práctica la dialéctica probatoria, toda vez que con tal derecho lo que en esencia se busca es la participación efectiva de los sujetos procesales en la postulación o aducción de la prueba, en el diligenciamiento de la misma y posteriormente en su análisis crítico, oportunidades todas ellas para ejercer el contradictorio...’; que ‘...el derecho de contradicción no es reductivo y que, por lo mismo, la única manera de efectivizarlo no es repreguntando al testigo, sino que existen otras, entre las cuales, criticar la declaración, no sólo aisladamente considerada sino con relación al resto del material probatorio...

Conforme a lo expuesto, es claro que el principio de contradicción también conocido como bilateralidad de la audiencia, es esencial para que un proceso pueda llevarse dentro de claros principios democráticos, que no puede ser desconocido pues lo contrario significaría un atropello a derechos fundamentales; aunque se entiende que el mismo tiene límites dentro de la misma dinámica procesal.

A través de este principio se constituye o erigen oportunidades defensivas que permiten a las partes ser oídas, ser partícipes en la producción del medio probatorio hacer valer sus razones dentro de claros límites de eventualidad y preclusividad de los términos procesales. Y frente al tema, el Código General del Proceso contribuye en gran medida a esclarecer de una vez por todas que si un medio probatorio ha sido ofrecido u ordenado por el juez de manera oficiosa, siempre existirá la posibilidad de contradicción por las partes como de manera explícita lo señala inc 2 art 170 del C:G:P.

B. LA PRUEBA PERICIAL

1. Reseña histórica de la prueba pericial.

Respecto de la historia de la prueba pericial, Campo Izquierdo⁹¹ sostiene que “ Los precedentes históricos de la prueba pericial podemos encontrarlos en los pueblos primitivos, en concreto, en los ritos de magia realizados a través del brujo de la tribu, también en los egipcios, que frecuentemente se veían obligados a peritar sobre embarazos y alumbramientos, etc.”.

Al igual Ibáñez sustenta que⁹²:

En el Derecho griego antiguo no aparecen antecedentes del peritaje. En el derecho romano surge como medio de lograr la convicción del Juez, y consecuentemente como una prueba, cuando se suprime el procedimiento *in iure*, en el cual, al elegirse a un experto para conocer del pleito, resultaba inútil y exótico recurrir al auxilio de un perito. Por el contrario, en el procedimiento judicial propiamente dicho, o procedimiento *in iudicio*, *extra ordinem*, el peritaje es admitido y empleado, adquiriendo mayor relevancia.

En lo que respecta a la evolución de los medios de prueba; pueden distinguirse, a grandes rasgos, dos momentos netamente definidos: el primero, se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable (Por ejemplo: el juicio de Dios y las Ordalías). Los tribunales se limitaban a manifestarlo. El segundo, implica el deber de los jueces de formar por sí mismo, el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual.

He aquí donde aparece la prueba. En este contexto, la prueba penal de nuestros días se caracteriza por la utilización de novedades técnicas y científicas (especialmente captadas por la prueba pericial), para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios y la consolidación

⁹¹ CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis. La prueba pericial en los procesos judiciales, Diciembre 2011, p. 8-9. Tomado de internet <http://iurepost.blogspot.com/2014/05/la-prueba-pericial.html> 6 de agosto de 2013 9: 00 p.m

⁹² IBAÑEZ, Máximo. La prueba pericial: La pericia documentológica en el proceso judicial penal. Tomado de internet: <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2002/01-Sociales/S-035.pdf> 17 de mayo de 2014 Hora 9:20 a.m.

de las reglas de la sana crítica racional, en la apreciación de los resultados.

Hilando un poco más delgado, respecto a los antecedentes históricos de la prueba pericial, Alfaro Lara⁹³, ilustra:

Schiaffino manifiesta que del espíritu y de la letra de la ley 23. Tít. 16 de la partida III, se infiere el juicio de peritos, tratado con precisión en las leyes I y II del Tít. XXI de la novísima recopilación. En España se comenzó a perfilar –como prueba pericial- el llamado juicio de los hombres buenos.

En 1569 Francia vio aparecer una cofradía de escribanos dedicados al estudio de las falsificaciones. Un siglo después, Jacques Peveneau aportó datos precisos sobre el tema (1678); Etienne de Blegny, a fines de la misma centuria, expuso en su tratado sobre el modo de proceder en los casos de comprobaciones de escrituras objeto de litigios judiciales.

En ese instante se produjo un cambio en la sistematización y el concepto de metodología aplicada a la búsqueda de la verdad, tanto para las cuestiones civiles como para las penales. Comenzó una nueva etapa de transición histórica; el desarrollo de grandes transformaciones en la producción.

Y siguiendo con la argumentación el citado autor⁹⁴, expresa que:

No es maravilla si en el Derecho Romano, hasta que concluyó la división entre el procedimiento “in jure” y el procedimiento “in iudicio”, no encontramos antecedentes, si podemos hablar así, “de la pericia”. En efecto, “el procedimiento simple y ordinariamente seguido consistía en nombrar juez a una persona experta en la materia objeto de la “litis”, de suerte que el juez no tenía necesidad de llamar a un perito, porque él era al mismo tiempo juez y perito”.

“No faltan textos en el Derecho Romano, especialmente en el Procedimiento Justiniano, que puedan ser ejemplos de pericia”. Así se recurre al parecer de un Obstétrico para decidir si una mujer está embarazada: este Perito es elegido por el Juez. Para establecer los límites borrados o destruidos por la inundación, se recurría a los agrimensores, a quienes, más que como a peritos, se les otorgaba facultad para decidir la cuestión. Para la evaluación de los bienes se recurría al juicio de tasadores elegidos por las partes, los cuales, más

⁹³ ALFARO LARA, Roberto Carlos. La prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil. San Salvador. Noviembre 2011. P. 5-9, 12-13.

⁹⁴ ALFARO LARA, Roberto Carlos. OP. Cit..

que peritos, eran mandatarios de aquéllas. Del mismo modo se recurría a los peritos para la “comparatio litterarum”.

En el Derecho Romano Clásico, incluso, “la pericia como prueba no se encontraba disociada de la función jurisdiccional propiamente dicha, por cuanto la labor de un experto para resolver el litigio quedaba confiada al propio iudex”.

De tal suerte, cuando se requería un conocimiento especial sobre determinada materia para componer la “litis”, la manera más sencilla y más expedita, en la práctica, era la de nombrar “iudex” a una persona experta precisamente en ella.

De esa forma, el Juez no tenía necesidad de llamar a un Perito, ya que él era, como señala Scialoja, “Juez y Perito al mismo tiempo”.

(...)Reapareció pues la prueba pericial ya muy avanzada la Edad Media, inserta en ese “Proceso Común” que se fue formando o gestando a partir de la fusión de diversos institutos provenientes de los Derechos Romano, Canónico y Germano, confundida en sus comienzos con el testimonio de terceros, tal cual lo revelan, por ejemplo, las figuras del “testis peritus” y del “peritus assessor” o “consiliarius” del Derecho Canónico, aunque poco a poco se habrían de ir perfilando las notas que separan o distinguen al testigo del perito.

Cuando se inició la era de las codificaciones enseña De Santo⁹⁵, el peritaje se formaliza en los códigos adjetivos, considerándose en los códigos de procedimiento de América Latina como un medio de prueba.

Igualmente, se tiene que los diversos estatutos procesales contemplan los diferentes medios probatorios de que pueden hacer uso las partes en un proceso.

En el caso de Colombia, el código de procedimiento civil en su sección tercera, en el artículo 175 determina que “Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera

⁹⁵ DE SANTO Víctor. La prueba pericial. Editorial Universidad. Segunda Ed. Buenos Aires 2005. P. 26

otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”, es decir, que no es taxativo ni restringe los diversos medios de prueba que se pueden utilizar en el debate probatorio, aunque esa libertad ha generado que en algunas ocasiones se invoquen o se soliciten medios probatorios que propiamente no lo son, como lo es el caso de los oficios, que lo único que hacen es convertir al Juez o al despacho judicial en una especie de *Courier* de la parte que los solicita.

Los medios de prueba son las herramientas que le sirven a las partes para formarle un convencimiento al Juez sobre los hechos que los mismos exponen y son objeto de prueba en el litigio, al igual que los citados medios probatorios pueden consistir en objetos materiales, documentos y otros, o en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones, declaraciones de parte y de testigos, inspecciones judiciales, dictámenes periciales, entre otras.

Se tiene dicho que cuando el medio probatorio es una conducta humana, no se debe confundir la misma con el sujeto (persona) que la despliega, por lo cual hay que distinguir con claridad entre la persona- sujeto de prueba y su conducta- medio de prueba. De tal manera que por ejemplo, los peritos y los testigos son sujetos de prueba por cuanto son personas que ejecutan determinadas conductas, tales como rendir dictámenes o declaraciones que lo que buscan es darle luces al Juez sobre los hechos debatidos en el proceso, pero los medios de prueba no son esos sujetos, sino las declaraciones o los dictámenes que estos rindieron.

Sin embargo, algunos autores niegan tal condición como medio de prueba como enuncia De Santo⁹⁶, destacando entre estos disidentes a Serra Domínguez, quien aduce que el peritaje no es medio de prueba, ni

⁹⁶ DE SANTO Víctor. Op Cit. Pág 51-52

instrumento de pruebas sino una ulterior actividad de elaboración de resultados de los medios de prueba ya producidos. Se ubican dentro de esta corriente a Prieto Castro, Ricci, Betti, Manzini, Satta, Massari, Leone y Nanninio, Santoro, Liebman, Borettini y Leone

2. Importancia de la prueba pericial.

Al juez se le exige un conocimiento profundo del derecho para que resuelva los conflictos intersubjetivos de intereses como reflejo de la jurisdicción del Estado, pero muchas veces ante los avances de la ciencia y tecnología, de las ciencias sociales, no le permitirán resolver adecuadamente las disputas sin el auxilio de personas con conocimientos especializados en el saber humano, que le ayuden al funcionario a formar su convicción.

De entrada, resulta incuestionable, el valor del dictamen de expertos en todas las áreas del derecho, resultando un medio probatorio obligado en muchas controversias jurídicas. Al presente estudio interesa el mismo en materia civil, comercial y de familia dentro del contexto del Código General del Proceso.

2.1. Obligatoriedad del dictamen pericial en materia civil:

- **Ejercicio y regulación de indemnización en servidumbres de tránsito. (Art. 906 del C.C.)**

En este evento si un predio se halla destituido de comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y

resarcido todo otro perjuicio. Ahora, si las partes no se convienen, se reglará por peritos tanto el importe de la indemnización como el ejercicio de la servidumbre.

- **Regular la partición de bienes (art. 1392 del C.C.)**

Es sabido que ninguno de ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular está obligado a permanecer en la indivisión, así la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. El partidor se conformará en la adjudicación de los bienes a las reglas del código civil; salvo que los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa. Ahora bien, de no acontecer lo anterior el valor de tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies.

- **Fijación del precio en la compraventa (art. 1865 del C.C.)**

En el contrato de compraventa no puede dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes, pues éste debe ser determinado por los contratantes o puede dejarse el precio al arbitrio de un tercero. Si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes, en caso de no convenirse, no habrá venta.

- **Rescisión de la venta por lesión enorme (art. 1947 del C.C.)**

El contrato de compraventa puede rescindirse, ello acontece cuando el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la

cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. Este justo precio se refiere al tiempo del contrato. Aquí la prueba pericial resulta determinante para establecer el justo precio aducido por la parte actora, también lo es que corresponde al juez valorar el dictamen para verificar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos en que se funde.

- **Disputas en el precio de la renta (art. 2001 del C.C.)**

Si entregada la cosa al arrendatario hubiere disputa acerca del precio o renta, y por una o por otra parte no se produjere prueba legal de lo estipulado a este respecto, se estará al justiprecio de peritos, y los costos de esta operación se dividirán entre el arrendador y el arrendatario por partes iguales. En materia de vivienda el problema tiene precisión legal dado que el artículo 18 de la Ley 820 de 2003 prevé que el precio mensual del arrendamiento será fijado por las partes en moneda legal pero no podrá exceder el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble o de la parte de él que se dé en arriendo. La estimación comercial para efectos del presente artículo no podrá exceder el equivalente a dos (2) veces el avalúo catastral vigente.

- **Fijación de precio en el contrato de obra (art. 2054 del C.C.)**

En los contratos para la confección para una obra material, si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

- **División de un terreno común (art. 2338 del C.C.)**

Cuando haya de dividirse un terreno común, el juez hará avaluarlo por peritos, y el valor total se distribuirá entre todos los interesados en proporción de sus derechos; verificado lo cual, se procederá a adjudicar a cada interesado una porción de terreno del valor que le hubiere correspondido. Se debe advertir que la división puede ser material en algunos eventos, pues si ella no resultare posible y avaluado el bien se repartirá entre los comuneros el valor de su cuota parte correspondiente.

2.2. Obligatoriedad del dictamen pericial en materia comercial:

- **Cesión de cuotas en sociedades de responsabilidad limitada (art. 364 C de Co.)**

En las sociedades de responsabilidad limitada los socios tienen derecho a ceder sus cuotas. Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios y quienes la acepten tendrán derecho a tomarla a prorrata de las cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta.

Si los socios interesados en adquirir las cuotas discreparen respecto del precio o del plazo, se designarán peritos para que fijen uno u otro. El justiprecio y el plazo determinados serán obligatorios para las partes.

- **Renovación del contrato de arrendamiento comercial (art. 519 C de Co.)**

Manda el artículo 518 del código de comercio, que: “El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años

consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo.....” Por su parte el artículo 519 ibídem advierte que: “Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal con intervención de peritos.”

El derecho a la renovación no es absoluto, puesto que si los contratantes no encuentran puntos de acuerdo en el nuevo período, tienen abierta la posibilidad que en un proceso, principalmente respecto del plazo y el valor del canon se tome una decisión judicial, que como se señaló exige la intervención de perito.

2.3. Obligatoriedad del dictamen pericial en materia de familia.

- **Interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta.**

Para la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta a la demanda se acompañará un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto. Y en el auto admisorio de ésta el juez ordenará el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente, en audiencia se interrogará al perito, luego de lo cual el juez dictará sentencia.

Sin que sea obligatoria la prueba pericial, de la mayor usanza resulta su utilización en los procesos de responsabilidad por daños que tenga origen contractual o extracontractual y en donde se pretende el pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejantes. Aunado a su utilización en asuntos de familia en procesos de capacidad, de separación y divorcio y sobre derecho de cuidado y custodia personal de menores, derecho de visitas de los menores, derecho de alimentos en lo que tiene que ver con la

capacidad económica del alimentante y alimentario, en los procesos que impliquen partición de bienes y con absoluta pertinencia en los procesos de filiación e investigación de la paternidad.

3. Pericia, experticia, dictamen y peritaje.

Los conceptos pericia, experticia y dictamen se usan muchas veces para indicar un mismo acto, pero lo cierto es que conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁹⁷, son términos diferentes, como pasa a indicarse:

Pericia: Sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.

Experticia: 1. f. Ven. Prueba pericial.

Dictamen: Opinión y juicio que se forma o emite sobre algo.

Peritaje: Peritación-Estudios o carrera de perito. A su vez peritación significa trabajo o estudio que hace un perito.

De las diferentes acepciones citadas, se evidencia que las mismas en su significado conceptual no hacen referencia a lo mismo, más sin embargo es entendible que conforme a los conceptos citados, se puedan encontrar diferencias de las mismas, esto en el sentido de que la pericia es una cualidad que puede tener una persona del común o especializada en un asunto específico ya sea por su empirismo o por sus conocimientos técnicos o científicos, en cambio experticia necesariamente siempre será una prueba pericial, el equivalente a un medio de prueba rendido por un experto y/o perito en determinado asunto que debe elaborarse con base en conocimientos específicos y especiales, mientras que dictamen es una apreciación que se forma respecto de una situación, sin que pueda decirse que el mismo necesariamente deba ser rendido por un perito como si ocurre

⁹⁷ Tomado de: <http://www.rae.es/> 9 de febrero de 2015. Hora: 7.00 a.m.

con la experticia, por eso es que se considera, que técnicamente experticia puede equipararse a dictamen pericial más no solamente a dictamen, por cuanto éste último es una generalidad en cambio el pericial es una especie. Ahora bien, un peritaje necesariamente debe ser realizado por un perito y por ello podría equipararse a la experticia, que como ya se indicó tiene un significado de prueba pericial, es decir, un acto realizado por un perito.

En el campo probatorio se entiende que el peritaje y la experticia, es el acto realizado por un perito, conforme a unos procedimientos establecidos y para los que debe de contar con determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, para efecto de constatar un hecho o situación y que el mismo pueda ser entendido por las partes y el Juez en el proceso judicial, ese mismo concepto sea aplica para definir dictamen pericial.

Asimismo, Polanco Braga⁹⁸, citando a Colín Sánchez puntualiza que el peritaje es un acto de un especialista, que versa sobre puntos determinados previamente establecidos, donde éste con base en sus conocimientos y habilidades especiales, llega a una conclusión específica.

Un giro idiomático incorrecto es utilizar los vocablos peritaje y experticio, pues son términos que en el idioma castellano no existen, lo correcto entonces es hablar de peritación o sea el procedimiento o método utilizado por el experto sustentado en el arte la ciencia o la técnica y experticia como la prueba pericial misma como ya se definió.

⁹⁸ POLANCO BRAGA, Elías. La prueba pericial en el procedimiento penal. Tomado de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/8/cnt/cnt7.pdf>, 8 de febrero de 2015 Hora 11:54 a.m.

Al respecto de tales imprecisiones, Colín Sánchez citado por Polanco Braga⁹⁹, expresa que a pesar de que es muy usado el término peritaje, lo correcto es hablar de peritación, que es lo que significa según el diccionario de la Real Academia Española, esto en atención a que ese término gramatical, concerniente al procedimiento, es más extenso, por cuanto implicaría al perito, la pericia, peritaje y peritación, por ende ese autor sostiene que la peritación, es el procedimiento usado por el perito, para realizar el objeto de su acto; es el acto procedimental, en el que, el perito, previa revisión de una persona, de una conducta o circunstancias, etc., emite un dictamen que necesariamente deberá ser pericial, que deberá estar sustentado en razonamientos que tengan un sustento técnico o científico, etc., que sea aplicable en el ámbito en el que se le solicito su intervención como experto en el tema.

4. La pericia como medio de prueba.

Ahora bien, entre los diversos medios de prueba, se encuentra el dictamen pericial o pericia, o como mejor vocablo experticia, respecto de la cual se ha señalado por González¹⁰⁰:

La prueba pericial, también denominada dictamen de peritos, es un medio de prueba que consiste en un informe o dictamen en el que se contiene un examen de hechos relevantes en el proceso, realizado por una o varias personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Por medio de esta clase de prueba se ponen a disposición del tribunal conocimientos científicos o técnicos especializados que los Jueces no poseen y que pueden servir para obtener certeza de los hechos objeto de enjuiciamiento. La fuente de la prueba pericial es el propio perito y, concretamente, su criterio técnico, que se contiene en el dictamen pericial y se introduce en el proceso como un hecho nuevo que sirve para valorar e interpretar debidamente los hechos en los que se fundamentan las pretensiones de las partes (arts. 299, 335 LEC)4.

⁹⁹ POLACO BRAGA, Elías. Op. Cit.

¹⁰⁰ GONZALEZ, Manuel Richard. Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español, Universidad de Valencia, Valencia. P. 2.

Desde este punto de vista puede decirse que el perito auxilia al Juez desde una posición objetiva, que trasciende a la interpretación parcial y/o interesada de los hechos alegada por las partes. Sin embargo, esta especial naturaleza no impide que la ley considere la prueba pericial como un medio de prueba ordinario que no puede acordarse de oficio, sino que requiere previa petición partes.

Indica el profesor Parra¹⁰¹, acerca del dictamen pericial que es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos.

Con respecto al particular señala Font Serra¹⁰²:

No cabe duda que la postura de considerar la pericia como una actividad probatoria, está en función de otras muchas concepciones o modo de entender las diversas instituciones procesales y, en particular, de las que afectan a la prueba. Concebir la actividad del perito como una actividad que auxilie a la que debe desarrollar el juez en el momento de juzgar, no implica, a nuestro entender, que el perito con sus conocimientos deje de ser una fuente de prueba y el dictamen de peritos un medio de prueba. La actividad que desarrolla el perito, al dictaminar, no sustituye ni complementa en el sentido propio de éstos términos, la actividad del juez, pues el perito no es un árbitro que pueda conformar la decisión del juzgador sobre los hechos, sino que, como los demás medios de prueba- que también auxilian al juez, aportando conocimiento sobre los hechos debatidos-, intenta producir la convicción judicial. En suma, la actividad que realiza el perito es probatoria, en cuanto tiende a obtener la certeza de afirmaciones de hechos efectuadas por las partes.

Para los autores citados con anterioridad se tiene como punto de encuentro en sus percepciones el que el dictamen de peritos es un medio probatorio el cual tiene como fuente una persona especializada en un tema respectivo, tópico desconocido meridiana o totalmente por el Juez, quien por

¹⁰¹ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 16 ed. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2007. P. 633

¹⁰² FONT SERRA, Eduardo. El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil. Madrid. Editorial La ley. 2000. P. 36

tal circunstancia, se ve en la necesidad de valerse de tal experticia para ayudar a forjar su convencimiento que en ninguna manera se encuentra atado a la opinión experta, ni esta tiene un mayor o menor grado probatorio que otro medio de prueba pues la decisión debe fundarse en máximas de la experiencia y obviamente la sana crítica.

Lo cuestionable ahora es si el dictamen pericial corresponde a la estructura de un medio de prueba o no.

Para responder la pregunta al lado de ello se tiene que identificar en la nueva estructura del proceso que se plantea por el Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, que el dictamen pericial puede ser arrimado al proceso por dos vías: la primera, que corresponde a la aportación de parte y la segunda la designación por un juez del perito.

Dentro de este contexto el planteamiento que realiza Bermúdez¹⁰³ se encuentra relevante, en tanto que acota el doctrinante nacional que el dictamen de perito judicial no siempre es un medio de prueba, sostiene:

(i). Con esta perspectiva y partiendo de que con base en el artículo 29 de nuestra constitución política, el derecho de probar forma parte del derecho fundamental al debido proceso, creemos que el dictamen **con perito judicial o perito designado por el juez no puede considerarse como un medio de prueba**, porque no le permite a la parte acreditar las afirmaciones relativas a valoraciones técnicas, científicas o artísticas.

(ii). Cuando la parte requiere un dictamen de opinión para confirmar una afirmación que requiera la valoración de hechos con conocimientos específicos de esta naturaleza, la posibilidad de solicitar la designación de un perito para que rinda un dictamen no puede calificarse como un medio de prueba que le permita ejercer su derecho a probar. La posibilidad de solicitarle al juez la designación de un perito no puede considerarse como un medio de prueba que, en un proceso adversarial

¹⁰³ BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. Del Dictamen Judicial al Dictamen de Parte. Primera Edición. NET Educativa Editorial. Bogotá 2012. P. 47

regido por el principio de la carga de la prueba, le permita a esa parte cumplir con la carga de acreditar su afirmación. (Resaltado no original)

En contraste, y con respecto a la aportación del dictamen pericial, por la parte, regla general que adopta el Código General del Proceso, explica el profesor Bermúdez¹⁰⁴ que el dictamen pericial aportado de esta manera si constituye un medio de prueba y argumenta:

(i). Cuando una parte allega al proceso el concepto de un perito, está ejerciendo su derecho de demostrar o, mejor, de confirmar una afirmación necesaria para obtener la consecuencia jurídica prevista en la norma.

(ii). La parte, con otros medios de prueba, ejerce su derecho de acreditar la existencia de determinados hechos; y con el dictamen pericial de parte ejerce el derecho de confirmar una afirmación hecha por ella misma, que comparta la valoración de hechos anteriores.

(iii). Si el juez encuentra que la opinión plasmada en el dictamen presentado está adecuadamente fundamentada, es coherente y exhaustiva concluirá que la parte confirmó su afirmación o accederá a su pretensión; si llega a la conclusión contraria deberá rechazarla en aplicación de la regla de la carga de la prueba.

Las posiciones antes expuestas resultan importantes al momento que se pretenda desvelar la naturaleza jurídica de la prueba pericial, como se expone a continuación.

5. Naturaleza jurídica de la prueba pericial.

Ya se estableció que algunos autores como el profesor Parra en el ámbito nacional y el mismo legislador consideran la experticia como medio de prueba, y paralelamente se meditó en tanto que tal opinión no es aceptada de manera pacífica, pues como apuntaba Bermúdez citado

¹⁰⁴ BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. Óp. Cit. P. 50

anteladamente habría que diferenciar si se trata de dictamen de peritos aportado por la parte como verdadero medio de prueba o de dictamen ordenado de oficio, en donde el experto no es medio de prueba sino que se convierte en un auxiliar del juez, desempeñando un oficio público que incluso le lleva a ser su conducta revisada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

La doble condición citada de la prueba pericial, la explica también Azula Camacho¹⁰⁵, quien expone:

A) Dictamen pericial, La tendencia mayoritaria –acogida en nuestro ordenamiento positivo, con lo cual nos identificamos- lo considera como un medio probatorio, por cuanto sirve para llevarle al juez la información de hechos que requieren especiales conocimientos técnicos, científicos y artísticos.

Quienes no comparten el criterio anterior se fundan en que el dictamen pericial es solo el reconocimiento de una prueba que ya existe. Según esta concepción, la conclusión sería que no solo el experticio, (sic) sino la confesión y el testimonio, carecen de la calidad de pruebas, porque los hechos sobre los cuales recaen ya existen. Nos parece que el equívoco radica en confundir el medio probatorio con el objeto de la prueba, por cuanto el hecho siempre es anterior al proceso y el medio se utiliza para incorporarlo a este y hacerlo conocer al juez.

B) Perito. En relación con el perito, la controversia es mayor por cuanto para unos es un testigo, mientras otros lo consideran un juez y la mayoría, con mayor asidero, como un auxiliar de la justicia. No faltan quienes sostienen que es un árbitro.

Asimilan el peritaje al testimonio quienes consideran que ambos emanan de terceros ajenos al proceso y el pronunciamiento recae sobre hechos percibidos, pero sus diferencias son sustanciales.

La doctrina y jurisprudencia nacional en contraste con lo expresado anteriormente asume una posición disímil, en tanto que el dictamen judicial o

¹⁰⁵ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Probatorio, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1998, P. 242.

de parte son medios probatorios, para lo que basta revisar la legislación procesal antes y después de la expedición del Código General del Proceso, autores nacionales como Devis Echandía y Parra Quijano, y jurisprudencia entre otras de la Corte Constitucional.

Para Devis¹⁰⁶ quien no discute las disimiles discusiones doctrinales en cuanto a la naturaleza jurídica de la prueba pericial, el dictamen de peritos es un medio de prueba exponiendo que:

Consideramos equivocada la tesis que le niega a la peritación el carácter de prueba, porque equivale a olvidar que el perito generalmente verifica hechos y le suministra al juez el conocimiento de éstos, bien sea con su solo concepto o en concurrencia con otras pruebas, como lo vimos al explicar la función procesal que desempeña y las diversas clases de peritaciones. Además, así como el carácter de auxiliar de la justicia y del juez, que tienen los testigos y los funcionarios administrativos que suministran certificaciones o informes, de indudable valor probatorio no impide considerar como pruebas al testimonio, al certificado o al informe que rindan o expidan, tampoco la naturaleza jurídica de auxiliar o colaborador del juez y de la justicia, que la doctrina moderna le reconoce al perito, puede ser impedimento para que el dictamen que rinda, es decir, la peritación, sea un medio de prueba.

Asimismo, Parra¹⁰⁷, señala respecto al dictamen pericial en lo atinente a su naturaleza jurídica que:

Según Prieto Castro la actividad pericial es llamada prueba por la ley, enunciado que resulta contradictorio con la misión del dictamen que es ilustrar al juez sobre alguno de los supuestos antes citados, motivo por el cual, aquél no suministra prueba alguna, sino que constituye un elemento de valoración de hechos o de circunstancias. De ahí que considere a la actividad del perito como auxiliar del juez en la búsqueda de aquellos conocimientos que no estén a su alcance. Es evidente que los peritos revisten el carácter de auxiliares de la justicia, pero esto no

¹⁰⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando - Compendio de Derecho procesal- Pruebas Judiciales. Tomo II Víctor P. de Zabalía. Buenos Aires.1970. P. 315

¹⁰⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. La Prueba Pericial, Tomo V, Ediciones del Profesional, Segunda Edición. Bogotá. 1996. P. 84.

descarta la índole probatoria de la pericia, constituyéndose en un verdadero medio probatorio, al explicar datos que aporten para la formación de una determinada convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso.

Ahora bien, también es importante tener presente que hay quienes señalan que el dictamen pericial no es un instrumento de prueba propiamente dicho, exponiendo que¹⁰⁸:

Realmente la Peritación no es un Medio de Prueba en un orden estricto. Es una operación o procedimiento utilizado frecuentemente para complementar algunos medios de prueba (Inspección Judicial, Reconocimiento, etc.), y para su valoración (declaración de testigos, del ofendido, del imputado). Con todo acierto Manzini *niega que el carácter jurídico de la pericia, como también se le llama, sea un medio de prueba. Considera que es un elemento subsidiario para la valoración de una prueba o la resolución de una duda.*

Algunos juristas consideran que la Peritación no es un Medio de Prueba, *sino una forma de completar la cultura y los conocimientos del Juez, de suministrarle un elemento o instrumento de juicio que consiste en las reglas técnicas de la experiencia, que integran su concepto.*

El artículo 165 del Código General del Proceso, respecto a la naturaleza de la prueba pericial, señala que son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, **el dictamen pericial**, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

La Corte Constitucional¹⁰⁹ valiéndose del legislador patrio considera el dictamen pericial como medio de prueba, en tal sentido ha dicho:

¹⁰⁸ ALFARO LARA, Roberto Carlos. La prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil. San Salvador. Noviembre 2011. P. 28.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-417/08 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Aunque la doctrina discute sobre la naturaleza jurídica de la peritación porque una parte de ella la considera un medio de prueba y otra parte sostiene que es un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, lo cierto es que nuestra legislación siempre la ha reconocido como una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “prueba pericial” como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quién lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes); iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que debe ser un tercero ajeno a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º); v) el dictamen pericial debe ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (artículos 236 a 241).

También ha sostenido la Corte Constitucional ¹¹⁰ que:

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-124/11 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el Colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser sometido a la posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave. Este carácter dual es confirmado por autores como Silva Melero, quien sostiene que el dictamen pericial cumple una doble función. De un lado “... llevar al proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero que no está obligado a ello, y que son precisos para adoptar la decisión.” Por otro lado, el dictamen también opera como “concepto de pericia de constatación de hechos”, o lo que es lo mismo “... constataciones objetivas, que pueden ser independientes la persona del inculpado.” A idéntica conclusión arriba la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, en la sentencia T-796/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se pone de presente cómo el dictamen pericial responde a una naturaleza jurídica dual. De un lado, es comprendido como “...un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.”. De otro, la experticia también es comprendida como “...un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia *técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso*.

En conclusión se asume en Colombia que el dictamen pericial es un medio de prueba, posición que se comparte en tanto que resulta innecesaria la distinción de la naturaleza dual de la prueba pericial; la primera como de medio para que el sentenciador a través de lo expuesto por un experto sobre la materia, pueda conocer y asimilar situaciones del caso de carácter técnico, científico o artístico aportados por la parte; y la segunda como medio de prueba en sí mismo, en atención a que con él es posible

verificar por medio de evaluaciones técnicas o científicas, aspectos fácticos que son objeto del debate probatorio por orden del juez. Lo anterior da a entender al perito como colaborador pacífico y desinteresado y el hecho que sirva de auxiliar de la justicia y tenga conocimientos científicos, técnicos o artísticos especializados es necesaria e indispensable una operación mental precedida de otra sensorial: la deducción que se hace sobre lo percibido, lo que resulta bastante claro en cuanto se trata de pruebas indirectas porque el hecho que se va a probar es distinto del hecho que sirve de prueba, es decir el perito si bien es fuente de prueba también el dictamen que rinde es un medio de prueba.

6. Admisibilidad de la prueba pericial.

Con respecto al dictamen pericial es de recordar que las partes, en términos generales, lo aportan por escrito con la demanda o con su contestación y que, por tanto, lo que el juez hace en el momento procesal de que se viene hablando no es más que ordenar tenerlo en cuenta y disponer la comparecencia del perito a la audiencia si fue solicitada, de conformidad con el artículo 228 del C.G.P.

Sin embargo, es probable que, a voces de los preceptos 230 y 231 del Código General del Proceso, el fallador de oficio, disponga la realización de una experticia, caso en el cual la audiencia deberá ser citada para una fecha posterior a los diez días de haber sido presentada por escrito, término con que cuentan las partes para adelantar los estudios y análisis pertinentes, así como para preparar sus cuestionamientos, pues la contradicción a que ellas tienen derecho se ha de surtir en tal sesión.

También, en los sistemas de litigación adversarial, la prueba pericial ocupa un área gris entre hechos, pruebas y la determinación judicial. Aquí

este medio probatorio se basa más en la opinión, que en los hechos, y por ello es permitida solo en determinadas circunstancias y en condiciones particulares, para ello basta observar las reglas federales del proceso civil norteamericano. Ahora, los tribunales de distintas jurisdicciones de derecho común han reconocido históricamente la naturaleza única y las limitaciones de los peritos, y han establecido reglas claras y excepciones que rigen la admisibilidad de la prueba pericial.

A pesar de estas medidas de seguridad, se sostiene que el valor probatorio de la prueba pericial está, por su naturaleza como evidencia u opinión, subordinada a las debilidades de la condición humana según se extrae del texto *“The Recent Evolution of Expert Evidence in Selected Common Law Jurisdictions Around the World”*¹¹¹.

Y ello no es nada extraño, en el reciente Congreso de Derecho Procesal celebrado por la Universidad de Medellín en agosto de 2013 en Cartagena, con tono vehemente exponía el profesor Rojas¹¹², en una apocalíptica visión de debacle, de cataclismo judicial fruto de la lógica de los mercaderes. Para sustentar su posición y a manera de pregunta planteaba que nadie estaría dispuesto a aportar un dictamen pericial que le fuera desfavorable, lo que en principio se comparte en esta investigación. Dice el aludido profesor:

¹¹¹ ARNOLD, Erick. The recent evolution of expert evidence in selected common law jurisdictions around the world, A commissioned study for the Canadian Institute of Chartered Business Valuers, enero 23 de 2013, P. 1. Tomado de internet: <https://cicbv.ca/wp.../2012-CICBV-Research-Paper-CVPL-FINAL.pdf> 8 de noviembre de 2013 Hora 8:00 a.m.

¹¹² ROJAS, Juan Gabriel. Proceso Judicial y Cultura. Reflexiones sobre la incidencia de la lógica del mercado en la Prueba Pericial. Editorial Universidad de Medellín. Medellín. 2013 P. 322 y ss

Para exponer tales implicaciones, es menester establecer con claridad dos dimensiones del discurso: la primera, la dimensión del deber ser, la segunda, la del ser.

En la primera dimensión, la del deber ser, nos encontramos con los valores y principios que deben iluminar a quien en calidad de auxiliar de la justicia, el perito contribuirá con su conocimiento y experticia técnica al esclarecimiento de la verdad. Para ello, la normativa contempla una serie de condiciones, requisitos y restricciones, encaminados a garantizar la imparcialidad de quien prestará su colaboración con la recta Administración de la Justicia.

Sin embargo, el problema aquí radica en la práctica, en la formación y ética de las personas, no en el sistema de controles jurídicos, por lo que en última instancia dependeremos del fuero interno de los individuos, de hasta dónde están dispuestos a llegar, y ello no constituye una garantía confiable de su imparcialidad.

En la segunda dimensión, la del ser, se corre el riesgo de que se entren en escena los intereses económicos, las presiones, las influencias y en general, una serie de situaciones que pueden llegar a alterar los estándares de imparcialidad de los peritos en este nuevo contexto que doctrinalmente se ha conocido como "*el mercado de peritos*" (Taruffo - 2008), en donde la capacidad económica será determinante para el acceso al "*producto*", es decir, al dictamen pericial, pues la calidad de los peritos, su formación, sus pergaminos, aspectos que serán de gran valía para el juez a la hora de la valoración de la prueba, incidirán en su costo, que entre otras cosas, se encuentra por regla general por fuera de regulación estatal alguna (cuando el dictamen es presentado por las partes), pues será el mercado el factor determinante para la fijación del precio, es decir, de los honorarios de quien emitió su dictamen pericial para supuestamente apoyar al juez con su labor, pero que en últimas termina coadyuvando a la parte en su pretensión.

En la primera dimensión, en la deseable circunstancia del deber ser, no se presentaría ningún inconveniente, pues allí, el perito nunca se convertiría en defensor de la parte, sino, de la verdad, si es que se pudiera hablar de ello, y en consecuencia podría contribuir en gran medida a que la decisión judicial fuera, en lo posible, la más acertada.

En la segunda dimensión, se corren todos los riesgos de que el perito elabore dictámenes a la medida de quien esté dispuesto a pagarlos, pues en el mercado de peritos, la capacidad de asumir los costos, por altos que sean, podrá incidir en los resultados de los dictámenes y por ende, en las decisiones judiciales, pues existirá un poderoso incentivo para satisfacer al "*cliente*" que requiera de sus servicios.

Hechas estas precisiones con respecto a las dimensiones del discurso, regresemos a las implicaciones éticas, económicas y procesales de la respuesta a la pregunta formulada al inicio: ¿Quién estaría dispuesto a

aportar de manera voluntaria un dictamen pericial que le fuera desfavorable?

Ante tan desolador y lúgubre escenario planteado, es necesario que los jueces como últimos llamados a heterocomponer los conflictos intersubjetivos de intereses, y como el derecho procesal moderno enseña, sea quien adopte todas las medidas necesarias para evitar que gracias a la desigualdad material de las partes, lo cual no puede evitar, si garantice la igualdad procesal para que el enfrentamiento bíblico que plantea el profesor Rojas se dé entre iguales procesales.

No se puede perder la perspectiva que, el juez como lo dijera la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América¹¹³, en el Caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (1993), es quien va a permitir que la experticia que se aporte al proceso sea fiable, lo que sin duda no exige del juez conocimientos especializados, pero si por lo menos entender con rigor científico lo que se le pone de presente y solo en ese momento valorar el medio probatorio. Dijo el tribunal norteamericano:

Las conclusiones científicas están sujetas a revisión permanente. La Ley, por otra parte, debe resolver conflictos rápida y finalmente. El proyecto científico se avanza por una amplia y variada consideración de una multitud de hipótesis, para aquellos que son incorrectos

¹¹³ SUPREME COURT U.S.DAUBERT et ux., individually and as guardians ad litem for DAUBERT, et al. v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC. certiorari to the united states court of appeals for the ninth circuit: No. 92-102. Argued March 30, 1993—Decided June 28, 1993. “Scientific conclusions are subject to perpetual revision. Law, on the other hand, must resolve disputes finally and quickly. The scientific project is advanced by broad and wide-ranging consideration of a multitude of hypotheses, for those that are incorrect will eventually be shown to be so, and that in itself is an advance. Conjectures that are probably wrong are of little use, however, in the project of reaching a quick, final, and binding legal judgment—often of great consequence—about a particular set of events in the past. We recognize that, in practice, a gatekeeping role for the judge, no matter how flexible, inevitably on occasion will prevent the jury from learning of authentic insights and innovations. That, nevertheless, is the balance that is struck by Rules of Evidence designed not for the exhaustive search for cosmic understanding but for the particularized resolution of legal disputes.(Trad. los autores)

eventualmente ser demostrado ser así, y que en sí mismo es un avance. Las conjeturas que son probablemente equivocadas son de poco uso, sin embargo, en el proyecto de llegar a una rápida, definitiva y vinculante legal el juicio, a menudo de gran importancia acerca de un determinado conjunto de eventos en el pasado. Reconocemos que, en la práctica, un papel *gatekeeping* para el juez, no importa cuán flexible, inevitablemente, en ocasiones impedirá el jurado del aprendizaje de ideas e innovaciones auténticas. Esto, sin embargo, es el equilibrio que se encuentre por el régimen de la prueba no está diseñado para la búsqueda exhaustiva de la comprensión cósmica, sino para la solución particularizada de conflictos¹¹⁴.

Hace ya cuatro décadas sostenía el Profesor Devis¹¹⁵ lo que hoy que llamaba la atención a los norteamericanos, expresando el maestro que:

La doctrina moderna está de acuerdo en esta libertad, que consideramos indispensable para que el perito no usurpe la función jurisdiccional del juez y para que éste pueda controlar cabalmente si el dictamen cumple o no los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria. Quienes defienden la libre valoración por el juez de las pruebas en general (cfr., t. 1, núm. 27), obviamente la reclaman para la peritación; quienes estiman que no se trata de un verdadero medio de prueba, sino de un acto auxiliar para ilustrar al juez en materias técnicas, artísticas o científicas, con mayor razón consideran que las conclusiones del dictamen nunca vinculan al juzgador (cfr., núm. 254).

Al efecto y con respecto a la valoración de la prueba científica, señala el maestro Taruffo¹¹⁶:

Por otra parte, el fenómeno cada vez más relevante y frecuente del uso de «pruebas científicas» demuestra que no sólo no hay impermeabilidad alguna entre la determinación judicial de los hechos y el uso de metodologías científicas, sino que cada vez es más habitual que los

¹¹⁴ SUPREME COURT U.S. DAUBERT, et al. v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC. Court of appeals for the ninth circuit: No. 92-102. Argued March 30, 1993—Decided June 28, 1993. Traducción realizada por el investigador Rafael Antonio Matos Rodelo.

¹¹⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando - Compendio de Derecho procesal- Pruebas Judiciales. Tomo II Víctor P. de Zabala. Buenos Aires.1970 P.347.

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. (2005) La prueba de los hechos. (2º ed.). Madrid. Editorial Trotta.2005 P. 181

hechos sean determinados científicamente en el proceso. Permanece así inalterable el carácter de específica «cientificidad» de la prueba, derivado del hecho de que ésta supone el uso de métodos y conocimientos que trascienden el saber del hombre medio, pero esto no impide que corresponda en todo caso al juez servirse de esas pruebas particulares en la determinación de los hechos. Se plantea entonces el problema de cómo puede el juez, típico «hombre medio» desde el punto de vista cultural, valorar racionalmente elementos de prueba que por definición van más allá de los límites de la cultura media. Independientemente de cómo se resuelva este problema, resulta evidente que es menos dramático a medida que se reduce la distancia entre los que se forman las pruebas en cuestión. Debe observarse, por otra parte, que el juez no tiene necesidad de poseer todas las nociones y las técnicas que necesita el científico para producir la prueba, sino que le basta, más bien, con disponer de los esquemas racionales que le permitan establecer el valor de la prueba científica a los efectos de la determinación del hecho. Tampoco desde este punto de vista se produce una identidad de métodos entre el juez y el científico, sino un uso por parte del juez de instrumentos de análisis que permitan la valoración de pruebas producidas mediante métodos científicos.

Así pues, si se va más allá de las toscas y banales contraposiciones basadas en ideas míticas del científico y en ideologías discutibles del papel del juez, son esencialmente dos los planos bajo los que se plantea sensatamente el problema de la relación entre la ciencia y la determinación judicial de los hechos.

El juez tiene suficientes controles desde la función de “gatekeeper” hasta las facultades oficiosas que ya no son potestad sino deber conforme el Código General del Proceso, lo que se hace necesario para evitar la desigualdad que plantea el Profesor Rojas, es decir que la admisibilidad de la prueba no se puede analizar de manera aislada del momento dialéctico de la audiencia y su valoración. El juez debe estar atento para evitar el mercantilismo de la prueba y por supuesto asegurar una correcta y sana administración de justicia desde una real igualdad procesal.

En cuanto a la imparcialidad del experto, el artículo 235 del Código General del Proceso, exige que éste desempeñe su labor de manera objetiva, observando la parte que pretenda aportar dictámenes o el juez cuando deba designar perito, que la pericia no se rinda por personas en

quienes concurra alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces, exigiéndose que quien brinde su opinión experta tenga presente tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, lo que no permite que se tengan suspicacia sobre tal “deber ser”.

Por supuesto, no se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen. Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio.

7. Objeto de la prueba pericial.

Respecto al objeto de la prueba pericial son muchos los autores que se han pronunciado al respecto, entre ellos apunta Alfaro¹¹⁷ el que:

Lessona afirma que el objeto de la Prueba Pericial, como el de las pruebas simples, es el hecho, no el derecho. Las partes pueden producir y alegar en los autos opiniones de jurisconsultos, abonando la tesis que defienden; mas no podría nunca el Juez recurrir a los Peritos para oír su opinión en una cuestión de Derecho. Solo en caso de que el derecho controvertido fuese extranjero o consuetudinario, se podrá recurrir a semejante Peritaje. Schiaffino estable que, lo que se obtiene a través de la Pericia no es objeto sobre el cual se opera, sino la explicación de éste. Explica que, la fuente de prueba está dada por la materia sujeta a peritación, el medio de prueba por el perito y su dictamen. De hecho, Schiaffino se refiere exclusivamente a las conclusiones que obtiene el experto por la práctica del acto pericial, que introduce en el proceso el elemento probatorio por medio de su informe.

No siempre existe claridad al designar el objeto de la Pericia; por lo cual es menester definirlo como la explicación de la materialidad de los objetos, hechos o circunstancias controvertidas o demostración necesaria que dan origen a la misma.

¹¹⁷ ALFARO LARA, Roberto Carlos. La prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil. San Salvador. Noviembre 2011. P. 30-33.

En el dictamen se encuentra ínsita la operación valorativa, la apreciación del hecho-elemento, sus causas-efectos, sus fundamentaciones y no una simple narrativa de las percepciones del experto.

El Perito no siempre debe limitarse a exponer sus juicios de valor omitiendo todo relato fáctico.

En efecto, a veces se torna indispensable que primero perciba los hechos que aún permanecen o las huellas de los hechos que ya no existen para comunicar al juez sus observaciones y adoptar las conclusiones valorativas del caso.

De ahí que se hable de la especie de perito percipiendo, que necesita basar su Dictamen en la observación de los hechos objeto de la Prueba o de otros vinculados a ellos.

Los otros Peritos, por el contrario, se limitan a emitir su concepto fundándose en lo que surge el proceso sobre los hechos objeto de éste (testimonios, confesiones, documentos, etc.).

Carnelutti establece de la misma forma que es inexacto sostener que el testigo debe limitarse a relatar sus observaciones sin emitir juicio alguno, también constituye un error afirmar que el Perito se limite a exponer sus juicios y conceptos, sin relatar sus percepciones.

No obstante, no debe otorgarse demasiada relevancia a la función de los Peritos al punto de empleárselos para cuestionar extrañas a su actividad procesal.

Lessona observa que los Peritos no pueden opinar sobre cuestiones de derecho, ni sobre la interpretación de contratos, ni si un hecho tiene aquellos requisitos legales productores de un determinado efecto jurídico.

Devis Echandía, por su parte, se separa de Lessona en cuanto éste considera que el Perito, por excepción, puede resolver conjuntamente la cuestión de hecho y de derecho, cuando los requisitos para ejercer éste constan exclusivamente de elementos de hecho; porque, en tal caso el Perito dictamina sobre los últimos y al Juez le corresponde determinar los efectos jurídicos.

(...)

En conclusión, el peritaje tiene por objeto, exclusivamente, cuestiones concretas de hecho, la investigación, verificación y calificación técnica, artística o científica de hechos que por sus características exijan, para su adecuada percepción y valoración, especiales conocimientos de la misma naturaleza.

Teniendo presente las posiciones anteriores, el objeto de la prueba por medio de dictamen de peritos como plantea Font Serra¹¹⁸, tiene el mismo alcance que el objeto de la prueba en general, dado que puede ser objeto de prueba por medio de dictamen de peritos los hechos controvertidos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, salvo que gocen de notoriedad absoluta y general, el derecho extranjero, la costumbre y las máximas de la experiencia.

7.1 los hechos controvertidos.

Sí, son los hechos relevantes jurídicamente puestos en discusión por las partes los que en el proceso deben ser corroborados a través de los medios de prueba que el legislador ha previsto para tal fin. Sobre los hechos objeto de prueba en el proceso patentiza el Profesor Taruffo¹¹⁹

La noción habitual de prueba de la que se ha partido se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el «objeto» de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que «es probado» en el proceso.

Y agrega más adelante el profesor italiano: “Sin embargo, es necesario tener presente un factor importante: en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica”.¹²⁰

¹¹⁸FONT SERRA, Eduardo. El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil. Editorial La Ley. 1 Edición. Madrid. 2000. P. 44

¹¹⁹TARUFFO, Michele. (2005) La prueba de los hechos. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán (2º ed.). Editorial Trotta. Madrid. 2005. P.89 y ss.

¹²⁰ TARUFFO, Michele. (2005) La prueba de los hechos. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán (2º ed.). Editorial Trotta. Madrid. 2005. P.89 y ss.

Como advertía el profesor Devis¹²¹ sobre la pericia como medio conducente para probar hechos a través de su presentación se obtiene:

La existencia o no existencia de cosas u objetos, animales, predios, huellas o rastros, es decir, de hechos materiales; las cualidades, la naturaleza, las causas y los efectos de tales hechos, su posibilidad física, lo mismo que su valuación y sus relaciones mutuas; la identidad de personas y sus condiciones físicas, mentales y psicológicas, las causas y efectos (no jurídicos) de sus actos y conductas, la valuación económica de éstos y de sus consecuencias respecto de terceros, la posibilidad física de su ocurrencia y cualesquiera otras calificaciones técnicas, artísticas o científicas que interesen para la solución de los procesos civiles, laborales, penales y de otra jurisdicción, pueden probarse mediante dictámenes de peritos que reúnan los demás requisitos para su validez y eficacia.

Puntualiza Aguirrezabal¹²² que también se debe de tener presente en cuanto a éste medio de prueba para corroborar los hechos que:

La finalidad de esta prueba, como la del resto de las previstas en la ley, consiste en acreditar los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso, con la particularidad, de que el objeto de la prueba pericial son hechos que no son del común saber de las partes o del juez, de modo que el perito, mediante su dictamen pericial, proporciona al tribunal los conocimientos técnicos necesarios para la valoración de los hechos objeto de la controversia. Es decir, cuando el perito actúa conforme con los criterios válidos y vigentes en la disciplina que se trate y los aporta al tribunal diciendo la verdad, se garantiza el mínimo necesario de imparcialidad científica, objetiva, que debe concurrir en el trabajo de examen y emisión del dictamen pericial.

7.2 El Derecho Extranjero

El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se pueden aducir al proceso adjuntándose dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su

¹²¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando - Compendio de Derecho procesal- Pruebas Judiciales. Tomo II Víctor P. de Zabalía. Buenos Aires.1970 pág.332

¹²² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso, Universidad de los Andes-Chile, Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, P. 371 - 378 [2011].

conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí. Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente.

7.3 la costumbre.

Conforme al artículo 179 del C.G.P los peritos vuelven a ocupar un papel preponderante en cuanto a la prueba de la costumbre mercantil extranjera y su vigencia se acreditará con certificación del respectivo cónsul Colombiano o, en su defecto, el de una nación amiga. También podrá probarse mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán con la copia de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación de una entidad internacional idónea o mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia.

7.4 Las máximas de la experiencia.

Como plantea Font Serra¹²³ las máximas de la experiencia son utilizadas por los peritos para sus operaciones de percepción y deducción, se aportan en todo caso al proceso a través del dictamen, y se transmiten aplicadas a

¹²³ FONT SERRA, Eduardo. El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil. Madrid. Editorial La ley. 2000. P. 54

los hechos que son objeto de prueba con el dictamen pericial; y las clasifica siguiendo a Serra Domínguez, así:

- i. Las que son utilizadas para la valoración probatoria de determinadas circunstancias de hecho.
- ii. Reglas necesarias para la determinación de algunas consecuencias jurídicas, cuya determinación haya sido dejada al prudente arbitrio del juzgador (por ejemplo, medida de alimentos).
- iii. Reglas que hacen referencias a ciertos conceptos de uso común empleados por la ley (buena fe, buenas costumbres, etc.).
- iv. Reglas necesarias para la determinación de algunas expresiones legales (de medicina, de agricultura, de ingenierías, de química, etc.).

Recapitulando y conforme a lo expuesto, el objeto de la prueba pericial es la comprobación de unas circunstancias fácticas para lograr el *petitum* de la parte solicitante; permite entender o dar claridad en el proceso sobre sucesos o conocimientos especiales por su carácter técnico, científico o artístico, y este aspecto es tal vez el más relevante de la prueba pericial, en atención a que a ciencia cierta el operador judicial sino entiende primero las particularidades especiales de lo que se quiere demostrar en el proceso y de lo que es necesario para decidir el mismo, no podrá saber si el hecho que encierra particularidades especiales se ha demostrado o no, por lo que se debe manifestar que para que el objeto de este medio probatorio se cumpla, se debe de practicar este por audiencia y con la presencia del perito que lo rindió, debido a que solo así puede este ilustrar a las partes y al Juez sobre la experticia que rindió y de los conocimientos y de sus alcances que se tuvieron en cuenta para su realización, no hacer ello significaría que la labor del experto se circunscribiría a que solamente aporte su experticia y posteriormente rinda aclaraciones, que indudablemente generaría el no entendimiento ni el avance rápido de los hechos que se discuten en el litigio.

8. Características de la prueba pericial.

El profesor Azula¹²⁴ quien considera como medio probatorio la experticia le caracteriza así:

A) Es personal, por cuanto el conocimiento le llega al juez mediante una persona, representada por el perito o experto.

B) Es histórica, porque recae sobre hechos pasados, presentes e, incluso, futuros, de los cuales tiene conocimiento el perito. Aunque también el testimonio es una prueba histórica, la diferencia con la peritación es ostensible, incluso por los hechos que con ellos se pretende probar.

En efecto, el testimonio necesariamente recae sobre hechos acaecidos en el pasado o que subsisten, de los cuales el testigo ha tenido conocimiento con antelación a su declaración, mientras el perito tiene relación con ellos solo como consecuencia de su cargo y puede comprender situaciones futuras e hipotéticas, como es determinar perjuicios como consecuencia del fallecimiento de una persona.

C) Es indirecta, pues la información sobre los hechos le llega al juez por conducto de otra persona.

D) Es procesal, porque en su totalidad se surte como una actuación que se lleva a cabo en el proceso.

E) Es calificada, por cuanto la actividad desarrollada por los peritos se hace en razón de sus especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos.

Otra caracterización propone la Corte Constitucional¹²⁵ al establecer sobre tales que:

La prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes

¹²⁴ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Probatorio, editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 1998, P. 241.

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-274/12. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes); iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º); v) ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (artículos 236 a 241)

No es casualidad que el legislador hubiere previsto que el dictamen suscrito por el perito deberá contener algunas pautas mínimas obligatorias para poder ser considerado como tal, conforme al Artículo 226 del Código General del Proceso, debiendo entonces la experticia contener las siguientes declaraciones e informaciones:

1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.
2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.
3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.
4. Lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que haya publicado en los últimos diez (10) años.
5. Lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.

6. Declarar si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte.
7. Manifestación de no encontrarse incurso en las causales contenidas en el artículo 50.
8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.
9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.
10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

Queda definido entonces que la prueba pericial es personal e indirecta, aclarándose que con la reforma procesal el conocimiento le llega al juez no solo proveniente de una persona natural sino también a través de personas jurídicas especializadas, es decir sujetos calificados, quienes emiten conceptos técnicos, científicos o artísticos, los que son sometidos a contradicción siempre que se cumplan con unos mínimos requisitos de forma que la ley procesal consagra y que ya se citaron.

El Código General del Proceso, introduce al tenor del artículo 189 el que pueda solicitarse como prueba extraprocesal la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, con o sin intervención de perito. Se agrega que no solo la prueba pericial tiene carácter procesal.

Hay que diferenciar que en la inspección judicial es el juez quien busca reconocer bajo su propia percepción el estado de cosas, lugares u objetos para los cuales no se requieren conocimientos especializados bien sea a petición de parte u oficio, mientras que la prueba pericial atiende cuestiones que requieran de un conocimiento especializado sobre los puntos planteados por las partes o juez.

Como novedad introduce la nueva legislación procesal, lo que ya la jurisprudencia nacional había decantado sobre la procedencia de la inspección judicial, en cuanto a que ésta solo se ordenará cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba.

9. El informe pericial y el informe de entidades públicas.

Con la expedición del Código General del Proceso, se incluyó en forma taxativa como medio de prueba en los procesos judiciales, “los informes”, situación que no estaba contemplada en el código de procedimiento civil, de tal manera que los mismos al tener esa connotación, tienen la misma validez e independencia que cualquier otro instrumento de prueba, y si bien el numeral 7º del artículo 238 del código de procedimiento civil determinaba que los informes de los asesores expertos de las partes serían tenidos en cuenta por el Juez, lo cierto es que el texto de ese artículo en concordancia con todo el cuerpo de ese estatuto procedimental probatorio, permitía determinar que ello solo era posible en el trámite de la contradicción del dictamen, además de que el Juzgador en un estricto sentido no tendría en cuenta los informes citados de una manera autónoma sino como alegaciones de las partes.

Igualmente no puede perderse de vista, que el código de procedimiento civil establecía en su artículo 243 los “Informes Técnicos y Peritaciones de Entidades y Dependencias Oficiales”, los cuales según esa norma sólo podían ser solicitados por el Juez de oficio o a petición de parte, a las entidades y dependencias oficiales que tuvieran el carácter de consultoras del gobierno, por lo que entidades privadas que no tenían ningún tipo de

relación con el Gobierno no podrían rendir informes en el trámite de la acción, situación que se superó en el Código General del Proceso al establecer en su artículo 275 que la “Prueba por Informe” procede para solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona, además de que habilitó a que las partes unilateralmente o de común acuerdo puedan hacer uso de ese medio probatorio ante cualquier entidad pública o privada para solicitar copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, siempre y cuando le indiquen a la entidad que ese trámite lo realizan con el objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse.

De tal manera que habiéndose incorporado los informes como medios de prueba, los mismos pueden ser utilizados por las partes, bien sea como aportación de parte o anunciándola para su aporte en la audiencia respectiva, para efectos de verificar o dar sustento a sus afirmaciones bien sean pretensiones o mecanismos exceptivos. Ahora bien, como se sostiene en la página web del poder Judicial de Guanajuato-México, se debe tener presente que la prueba de informes es considerada como aquella¹²⁶:

...en la que las partes solicitan que una dependencia pública, empresa del sector privado, servidor público o persona física, rindan al tribunal información determinada relativa a los hechos en debate en un procedimiento judicial.

Dicha prueba suele ofrecerse bajo la denominación de “prueba documental”, anunciando el ofrecimiento de la prueba documental consistente en el informe que rinda alguna dependencia, empresa, servidor público o persona física; sin embargo, esta prueba no reúne las características esenciales de la prueba documental, pues la misma se encuentra completamente definida en la doctrina como la representación literaria de un hecho o una idea plasmada en un documento.

¹²⁶ La admisibilidad o no de la Prueba de Informes. Tomado de internet: <https://poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/245.pdf> 15 de mayo de 2014 Hora 7:30 p.m.

Para algunos autores, como Ovalle Favela, existe una subdivisión de esta prueba en científica y literaria; dentro de la primera incluye todos aquellos documentos en los que se plasman en virtud de los avances científicos, como son las fotografías, las copias fotostáticas, los documentos dactiloscópicos, etcétera; y, dentro de la segunda división se encuentra cualquier documento que sea escrito, al que se le denomina literario, en el que están inmersas las cartas, las notas, facturas, o cualquier documento que tenga una manifestación escrita en el mismo.

Por tanto, pareciera ser que la prueba de informes, es una prueba documental, pues a través de la misma se expresa una situación de hecho existente o que ha existido en torno a hechos sobre los que se debate un procedimiento judicial, sin embargo, dicha prueba, no puede considerarse como una documental en los términos doctrinales, pues la misma no se encuentra materialmente formada o construida en el momento en que se inicia el procedimiento, ni mucho menos surge de una elaboración espontánea, (que en este último caso podría allegarse al proceso como prueba documental superveniente a que se refiere el artículo 333 del Código Procesal Civil) sino que la misma, es elaborada al momento en que el juez solicita al tercero le informe sobre los hechos que la parte oferente pretende se alleguen al proceso, y en virtud de que dicha información se trae al expediente en forma de un documento, por lo tanto, se confunde el contenido con el continente, ya que lo que obra realmente en el escrito en el que se rinde el informe, es una declaración de un tercero en relación con hechos del litigio y que las partes solicitan les sean recabados, lo que convertiría a dicha prueba en una prueba Testimonial, circunstancia que tampoco podría entenderse de esta forma pues no reúne la formalidad con la que debe ser ofrecida, admitida y desahogada la prueba de testimonio.

Por tal motivo, es que la citada prueba de informes, aunque reúne características de ambas pruebas –documental y testimonial-, no encuadra dentro de las formalidades que reviste nuestro Código de Procedimientos Civiles para ser considerada como perteneciente a alguna de éstas. Además de recordar que nuestro Código es tajante al establecer en el artículo 96 las pruebas reconocidas y permitidas por la Ley.

Así las cosas la prueba de informes tiene la característica de ser documental, además de que puede ser técnica o científica, dependiendo de los conocimientos especiales del ente o la persona que lo rinde; sin embargo, se debe aclarar que de la lectura de diferentes sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, se infiere que muchas veces los operadores

judiciales equiparan informe pericial a dictamen pericial. Así en sentencia de agosto de 2009¹²⁷ sostenía que:

En especial, la jurisprudencia enseña que “el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial [también del informe técnico], mientras la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus juicios al respecto son inmodificables. Consecuente con lo anterior, los reparos por la indebida apreciación de la fuerza probatoria de una pericia [informe técnico], deben dirigirse a demostrar que el juez vio el dictamen de una manera distinta a como aparece producido, y que sacó de él una conclusión ilógica o arbitraria, que no se compagina con lo que realmente demuestra, porque, de lo contrario es obvio que lo así inferido por el fallador *está amparado en la presunción de acierto, y debe ser respetado en casación*” **(CCXII, Pág. 143, reiterada en sentencias de casación civil de abril 12 de 2000, Exp. No. 5042 y 13 de agosto de 2001, Exp. No. 5993).** (Negrillas no originales)

Esta confusión entre informe técnico y dictamen pericial, también se encuentra presente en la jurisprudencia.

En sentencia del Tribunal Supremo Español del 25 de noviembre de 2010, donde manifestó que:

El perito judicial se excedió en el informe realizado porque la prueba pericial judicial fue propuesta por la parte actora con el contenido que ha quedado expuesto en el antecedente de hecho octavo de esta sentencia y así fue declarada pertinente en la audiencia previa, y el perito judicial emitió el informe en el que, además de concluir sobre la prueba pericial declarada pertinente -relativa a las mediciones de la vivienda-, examinó los defectos de construcción que advirtió en su visita a la vivienda de los actores, actuación que no le había sido encomendada", asimismo se ha determinado que tienen igual fuerza probatoria los informes periciales emitidos por los peritos designados por las partes y el informe pericial emitido por el perito designado en el trámite del proceso, ello conforme lo expuesto en sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de

¹²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 6 de agosto de 2009 Ref.: Exp. No. 08001-3103-003-2001-00198-01 Mag.Pon. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

Barcelona, de 30 de Diciembre 2011, donde se señaló que: (...) Si bien, hemos de partir de varios informes emitidos por Organismos Públicos, dotados de mayor imparcialidad, tales como los de la CNE y del DGEIM, a lo que hay que adicionar el informe de la Compañía aseguradora M, teniendo todos ellos un inmenso valor probatorio. Sus autores fueron **los únicos peritos**, junto a los técnicos oficiales, que acudieron a inspeccionar las instalaciones siniestradas y examinaron los vestigios del siniestro eléctrico antes de las labores de desescombro, limpieza y reparación. El Informe emitido por el Departament d'Eng. Elèctrica de la UPC fue emitido a solicitud del gabinete pericial CCC, emitido por el Sr. L, quien ya conocía la SE y examinaron el lugar de los hechos el Sr. T el 24 de julio de 2007 y el Sr. L el día siguiente). (Negrillas no originales)

De lo hasta ahora dicho, con independencia de que los conceptos de informe pericial y dictamen pericial se equiparen por los juzgadores o por las partes para referirse al mismo acto procesal, lo cierto es que los mismos desde el punto del estatuto probatorio (C.G.P.) no son como ya se ha explicado idénticos, por el contrario son medios probatorios autónomos e independientes. Ello es tan cierto como que el Código General del Proceso establece en sus artículos 275 a 277, las características del informe técnico, y en otro escenario se refiere a la prueba pericial, la cual está reglada en los artículos 226 y ss, textos normativos que no tienen los mismos alcances y contemplan situaciones muy diferentes para su constitución.

Por otra parte, acerca del informe de entidades públicas, se debe destacar que el mismo es una especie de la generalidad del medio probatorio “Informes”, y por ende al mismo se le aplica lo explicado anteriormente, con la anotación de que el informe se solicita o lo rinde una entidad pública. Ahora bien, este tipo de informe debe diferenciarse de las “Peritaciones de entidades y dependencias oficiales”, que consagra el artículo 234 del C.G.P., y que consiste en que los jueces pueden solicitar, de oficio o a petición de parte, los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas. Es decir, que las dos figuras procesales no son las mismas, esto en atención

a que mientras el informe de entidades públicas hace parte del contenido del medio probatorio Informes, las Peritaciones de entidades y dependencias oficiales, son una manifestación del instrumento probatorio prueba pericial, hasta el punto que está reglado y desarrollado en el capítulo de este.

En fin, la diferencia entre informes técnicos y prueba pericial más que la formalidad de su nombre o ubicación normativa reside en que el primero se referirá a hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, resultando un encargo descriptivo y no de opinión o análisis como corresponde al perito.

10. Dictamen pericial en materia civil, agraria, familia y comercial.

El desarrollo y la forma de aportación, contradicción y valoración de la prueba pericial en los procesos civiles, agrarios, y de familia, se regían casi todos en su integridad por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

En materia mercantil los artículos 2026 a 2032 contemplan lo relativo a la regulación por expertos o peritos, donde señalaba la procedencia y forma de la prueba pericial en los asuntos comerciales, trámite que fue según apreciaba azula¹²⁸ : “...duramente criticado, porque se limitó a establecer la manera como debía surtir el dictamen, pero omitió oportunidades procesales importantes como la demanda, traslado para la contestación y el período probatorio, cuando el asunto, como ocurre las más de las veces, es de índole contenciosa.”

¹²⁸ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1998. P. 270.

El artículo 2026 del mismo código de comercio establece que : “La peritación procederá cuando la ley o el contrato sometan a la decisión de expertos, o a justa tasación, asuntos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”, sin embargo tal norma debe concordarse con el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil según el cual -de acuerdo con el numeral 8 del párrafo 1 de dicho artículo- se deberá acudir para estos efectos al procedimiento verbal sumario que regula el Capítulo II del Título XXIII “sobre Procesos verbales” del Libro III del Código de Procedimiento Civil. Procedimiento verbal con el que se ha entendido se derogó tácitamente el procedimiento previsto originalmente en el Código de Comercio en materia de “regulación por expertos o peritos” previsto en los artículos 2027 a 2032 del mismo Código.

La próxima entrada en vigencia del Código General del Proceso, deroga expresamente, los artículos 2027 a 2032 de la regulación por expertos o peritos.

Del mismo modo, debe señalarse que si bien en materia civil, agraria, familia y comercial, la aportación, constitución y contradicción del dictamen pericial se rige por los postulados del Código General del Proceso. Este estatuto señala algunas situaciones especiales para la práctica del citado medio probatorio, que no son por la especialidad de la jurisdicción, esto es, porque es un proceso civil o de familia, sino por el tipo de proceso. Un ejemplo de ello, lo contempla el párrafo del artículo 228 del C.G.P. que preceptúa que en los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa se indica que el dictamen puede rendirse por escrito, y el mismo podrá ser objeto de contradicción a través de la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, es decir que queda en ciernes la afirmación de la inobjetabilidad del dictamen pericial, tema del próximo capítulo.

11. La prueba pericial una mirada desde el derecho comparado.

Buscar un desarrollo armónico e idéntico entre las diversas culturas del derecho occidental es una tarea que ni Hércules podría haber enfrentado. Así, incluso desde la orilla del *civil law*, dependiendo del sistema judicial con predominancia de lo oral o escrito, la practica probatoria y en especial para lo que se centra esta investigación en la contradicción de la prueba pericial es disímil en las particularidades, pero se conservan unos esquemas generales coincidentes con el medio, lo que hace más fácil el abordaje del tema.

11.1. Derecho Español.

En España el ordenamiento jurídico ibérico no regula en un sólo procedimiento lo relativo al dictamen pericial así, en los procedimientos civiles se rige por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en los Penales por el Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882, que aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECri), en los Procedimientos Laborales el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, y en los Procedimientos Contencioso-administrativos la Ley 29/1988, de 13 de Julio. Asimismo, respecto del contenido o las particularidades de la prueba pericial en ese sistema judicial, se ha señalado¹²⁹:

En muchas ocasiones, para poder resolver un determinado litigio es necesario tener conocimientos especializados pertenecientes a disciplinas científicas, técnicas, artísticas o prácticas. Sin embargo, en nuestro sistema judicial, el juez es un jurista, no un técnico o un científico, por lo que sólo está obligado a poseer y emplear conocimientos jurídicos. De ahí que la finalidad del dictamen pericial sea la de proporcionarle esos

¹²⁹ INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO, AMBIENTE Y SALUD ISTAS. La prueba pericial y el perito. Tomado de internet: http://formacion.istas.net/ficheros/curso777/Peritaje_UDAD2.pdf 16 de mayo de 2014 Hora 9:30 p.m.

datos o información científica, tecnológica o artística, -no la jurídica-, que le servirá de apoyo para poder resolver la controversia que se le ha planteado. El perito es el experto en esas materias que proporcionará al juez estos conocimientos.

Esa finalidad es lo que, en términos generales, distingue este medio de prueba de los demás, orientados básicamente a que el juez pueda conocer qué hechos acerca del caso ocurrieron en el pasado

Ya en la práctica, decidir en cada caso si es o no necesario proponer una prueba pericial dependerá de si la parte en cuestión lo considera conveniente para el convencimiento del juez, o de si el propio juez la acepta (o en su caso, la ordena) por considerarlo oportuno.

Lo expuesto hasta ahora no significa que la aportación de conocimientos que realiza el perito sea sólo teórica o genérica. Por el contrario, dicha aportación estará basada en los hechos discutidos en el pleito y referida a ellos. En efecto, un perito médico que actúa en un proceso sobre invalidez o un psicólogo que actúa en un proceso penal por delito no se limitarán sólo a exponer sus conocimientos profesionales genéricos sino que, además, los aplicarán al caso concreto, aportando respectivamente, conocimientos basados en las dolencias que padece el trabajador que solicita la invalidez, o acerca de si el acusado, en el momento de cometer los hechos por los que se le juzga, era “consciente” de lo que hacía y podía “actuar conforme a esa comprensión” (a la hora de aplicar la exigente prevista en el art. 20.1 C.P.). De la misma forma, un técnico en prevención de riesgos laborales no se limita a exponer sus conocimientos técnicos, sino que emitirá un dictamen con una valoración relativa al caso controvertido, por ejemplo, acerca de si determinado equipo de trabajo era el adecuado para evitar un riesgo que provocó un accidente laboral.

En resumen, los peritos aplican los conocimientos que poseen para realizar determinadas afirmaciones sobre el caso concreto que están peritando. Sin embargo, como el juez no posee ningún conocimiento de la materia de que se trate, el perito, a la vez que aplica dichos conocimientos al caso, también los proporciona indirectamente al juez.

Igualmente es importante tener en cuenta que en España se hace hincapié en la diferencia que existe entre el perito y testigo, esto por cuanto en algunas ocasiones se sostiene que el perito es un testigo experto, por lo que es importante destacar¹³⁰:

¹³⁰ Ibídem.

La indicada distinción entre el perito y el testigo da lugar a las siguientes diferencias básicas:

a. El testigo siempre tiene que ser una persona física, pues sólo ésta tiene capacidad sensorial.

La peritación, sin embargo, puede ser formalmente encomendada a una persona física o jurídica, sin perjuicio de que en este último caso, una o varias personas físicas se encarguen de elaborar personalmente el dictamen y de comparecer en el juicio. Así lo establece el Art. 340 de la LEC.

b. El perito debe poseer conocimientos de la materia de que se trate el proceso, mientras que el testigo no es necesario que los posea. Así se recoge también en el mencionado art. 340 de la LEC.

c. El testigo no puede ser elegido y, en consecuencia, está obligado a acudir al Juzgado y declarar si es citado para ello, sin derecho a percibir otra cantidad que no sea la indemnización por los gastos y perjuicios que se le haya ocasionado (art. 375 LEC). Por el contrario, el perito puede ser elegido, puede aceptar o no el encargo y tiene derecho a cobrar honorarios.

Aunque normalmente las figuras de testigo y perito son claramente distintas, pueden darse casos de cierta mezcla entre ambas. Por ejemplo, el testigo que hace declaraciones propias de un perito al ser interrogado, porque posee conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren los hechos sobre los que se le interroga, y las expresa en sus respuestas.

Nos referimos a la figura, inexistente en la anterior LEC, del testigo-perito, contemplada en el art. 370.3 y 4 de la vigente LEC. Evidentemente podemos encontrarnos también con el caso inverso, el de un perito que intervine en el proceso como tal y también como testigo, por su intervención en los hechos. No existe norma procesal sobre dicha situación pero es lógico pensar que ésta doble intervención no sea nada recomendable para la objetividad e imparcialidad del propio perito y su dictamen en el proceso, aparte de que ello pueda (y suela) estar prohibido por las normas internas corporativas o colegiales del propio perito.

La LEC consagra la posibilidad dual del dictamen aportado por la parte o del dictamen así expresa la profesora Sanrujo¹³¹ en reciente publicación:

El cambio más significativo al que la nueva LEC ha dado lugar tras su entrada en vigor en cuanto a la prueba pericial se refiere es el hecho de que con la misma se ha estimado procedente dar carta de naturaleza probatoria al dictamen pericial de parte, sin perjuicio de continuar previendo la posibilidad de que los peritos sean asignados judicialmente, como ya venía sucediendo, ordinaria y legalmente, cuando todavía estaba de plena aplicación las disposiciones que conformaban la vieja LEC 1881.

De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico procesal ha evolucionado sustancialmente en esta materia, al pasar de regular una única modalidad pericial (dictamen pericial de peritos nombrados judicialmente), a preferir amparar normativamente un sistema dual, donde ambas clases de dictámenes periciales conviven pacíficamente en el proceso"-aunque el camino recorrido para acoger este sistema dual de pericias no haya sido en absoluto fácil, en tanto que requirió de un intenso y dilatado debate parlamentario -.Tal ha sido el cambio producido en materia pericial a raíz de la actual Ley, que hay quien ha hablado de un verdadero cambio de filosofía producido en la concepción de este medio probatorio en comparación con lo dispuesto bajo la LEC 1881.

Por todo ello, es opinión compartida por el común de la doctrina procesal, el que la introducción del dictamen pericial de parte como modalidad de la prueba pericial es la novedad más característica producida en esa materia como consecuencia de la aprobación de la LEC.

Idéntico parecer es el nuestro, pero no sin antes aclarar que tal novedad, bien pensado, no se produce a causa de que el dictamen extrajudicial aparezca en el proceso como un instrumento nuevo del que las partes se auxilian o benefician durante el proceso. Pues si nos detenemos a recordar lo que sucedía en la práctica forense durante la aplicación de la derogada Ley procesal, recordaremos la frecuente situación originada en determinadas ocasiones con antelación al inicio de un litigio, mediante la cual los contendientes, para ser capaces de redactar los escritos iniciales que ponían en marcha el mecanismo procedimental, debían requerir los servicios profesionales de peritos designados por ellos unilateralmente con objeto de que les facilitaran los conocimientos especiales que debían conocer para fundamentar sus pretensiones en

¹³¹ SANJURJO RIOS, Eva Isabel. La prueba pericial en el proceso civil: Procedimiento y valoración. Editorial Reuss. Madrid 2013. Pág 21-23

aquellos escritos. Una vez obtenido el dictamen emitido por el perito (dictamen pericial extrajudicial), procedían a aportarlo al proceso como un documento más. De ahí que RAMOS MÉNDEZ, sobre el reconocimiento de la pericial de parte como prueba pericial, haya dicho que ante todo se recuerda algo obvio que ya existía bajo la Ley anterior, a pesar de no dedicarse la Ley vieja ni un solo artículo a esta previsión: la posibilidad de que los litigantes aporten dictámenes periciales con sus escritos de alegaciones.

11.2. Derecho Argentino.

El decreto-ley 7425/68 expide el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. En esta legislación la prueba pericial se regula entre los artículos 457 a 476. Allí como en la mayoría de las legislaciones iberoamericanas se predispone que será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiriere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.

Ahora bien, al ofrecerse y no aportarse la prueba pericial se indicará la especialización que han de tener los peritos y se propondrán los puntos de pericia, lo que puesto en conocimiento de la contraparte podrá proponer otros puntos que deban constituir también objeto de la prueba y observar la procedencia de los mencionados por quien la ofreció. El Juzgado dictará resolución y si considerare admisible la prueba pericial, señalará audiencia.

En la audiencia como señala el artículo 459, se procederá de la siguiente manera:

- 1º) Las partes, de común acuerdo, designarán el perito único, o, si consideran que deben ser tres, cada una de ellas, con la conformidad de la contraria, propondrá uno y el Tribunal designará el tercero; los tres peritos deben ser nombrados conjuntamente.

En caso de incomparecencia de una o de ambas partes, falta de acuerdo para la designación del perito único o de conformidad con el propuesto por la contraria y cuando los litisconsortes no concordaren en la designación del perito de su parte, el Juez nombrará uno o tres según el valor y complejidad del asunto.

2º) Se oirá a las partes acerca de las observaciones que formularen respecto de los puntos de pericia. El Juez los fijará, pudiendo agregar otros, o eliminar los que considere improcedentes o superfluos, y señalará el plazo dentro del cual deberán expedirse los peritos. Si la resolución no fijare dicho plazo se entenderá que es de 30 días.

Antes de la audiencia, las partes, de común acuerdo, podrán presentar un escrito proponiendo peritos y puntos de pericia, en cuyo caso no se la señalará o se la dejará sin efecto, según correspondiere.

Los peritos practicarán unidos la diligencia, si no tuvieren razón especial para lo contrario. Las partes y sus letrados podrán asistir a ella y hacer las observaciones que consideraren pertinentes, debiendo retirarse cuando los peritos pasen a deliberar.

El dictamen se presenta por escrito, con copias para las partes. Contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que los peritos funden su opinión.

La doctrina argentina sostiene que la prueba pericial¹³²

...consiste en el informe brindado por una persona ajena al proceso, con especiales conocimientos técnicos, y/o científicos sobre la materia en litigio, que a través de un proceso deductivo (de lo general a lo particular), partiendo de sus conocimientos específicos, los aplica al

¹³² GILARDI, Marcela. La Prueba pericial en el proceso penal de la provincia de Buenos Aires. Buenos Aires-Argentina, 2007.

caso concreto y elabora su opinión fundada con los elementos ciertos que surgen de la causa en análisis.

...El perito designado, es un auxiliar del órgano judicial (...) que atento su especialidad e idoneidad en determinada materia, contribuye a la dilucidación de la causa, en aquellas cuestiones técnicas y científicas ajenas, al conocimiento del juzgador.

...Se ha sostenido de manera reiterada que la función pericial tiende a suministrar los elementos de juicio al órgano jurisdiccional, en áreas científicas o técnicas específicas que escapan a la formación jurídica de quien lo integra o por lo menos, que éste no tiene el deber de conocer en profundidad.

En concordancia con lo dicho, Witthaus sostiene que “La prueba pericial es la opinión fundada de una persona especializada o informada en ramas del conocimiento que el juez no está obligado a dominar. La persona dotada de tales conocimientos es el perito, y su opinión fundada, el dictamen...”

Además la legislación y doctrina argentina diferencian al testigo del perito, manifestando que¹³³:

Es una distinción temporal, basada en el hecho de que al testigo se lo llama a declarar porque existen constancias de que ha percibido el hecho al momento de suceder; él se limita a contar lo que sus sentidos le han mostrado, sin analizar las razones causa-efecto y los elementos intrínsecos del mismo.

Bien se dice que el testigo “depone” y el perito “dictamina”, la diferencia es cualitativa.

Cuando se dan las condiciones de seriedad científica y severidad de análisis el dictamen no se puede comparar con el testimonio, siempre discutible y casi nunca seguro, mucho menos en la confesión, cuyo valor ha decaído hasta quedar en el mero indicio o declaración susceptible de crítica.

El perito se diferencia del testigo por su calidad fungible, porque el operador experimenta y saca conclusiones, resultados científicamente establecidos de antemano.

(...)

Enfatizando lo previamente expuesto consideremos lo que ha expresado nuestra Corte provincial en autos “Jara, José Enrique c/ La Puntual

¹³³ Ibídem.

S.C.S. s/ Haberes adeudados” al sostener que “El testigo depone sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos, mientras que el perito, que es un auxiliar del juez, realiza una comprobación de los hechos y una determinación de sus causas y efectos.

11.3. Derecho Norteamericano.

Dada la estructura federal de los Estados Unidos y la autonomía estatal no se puede hablar de un derecho común norteamericano; sin embargo, los juicios de carácter federal sí deben someterse a la legislación federal.

Efecto innegable resulta el valor que el derecho norteamericano ha aportado a la prueba pericial, y sobre todo en lo que concierne a la prueba científica.

En los Estados Unidos, la prueba pericial por regla general es aportada por la parte, lo que ha propiciado fuertes críticas a tal sistema. Explica la profesora Aguirrezabal Grünstein¹³⁴, al punto:

En estos sistemas se han criticado de modo reiterado aspectos tales como los mecanismos de nombramiento del experto, o la falta de control respecto de la suficiencia de calificación del perito. Lo anterior ha llevado a modificar las reglas procesales en la materia tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra.

A ello atiende el que la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* haya sufrido algunas modificaciones en torno a la presentación y admisibilidad de la prueba pericial y la prueba científica. Hoy en día incluye criterios específicos para cualificar a los peritos, alejándose del Frye test, proveniente de una decisión de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia de 1923, que controló por mucho tiempo el estándar de prueba pericial como aquel que se enfocaba en la opinión generalmente

¹³⁴ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. tomado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010. Marzo 6 de 2014 hora 5.00 p.m

aceptada por la comunidad de pares y que luego fue cayendo en el desuso. Más adelante, en 1993, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, a través de los fallos pronunciados en los casos *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* y *Kumho Tire Co. v. Carmichael*¹⁹, cambia el estándar de confiabilidad, con particular atención a la metodología empleada para la calificación de los testimonios como expertos.

La Regla Federal de Evidencia a FRE 702, de diciembre 1 de 2000 a la que ya se hizo referencia, que tiene su origen en los casos *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (1993), Caso *Joiner v. General Electric* (1997) y *Kumho Tire Co., Ltd. Contra Carmichael* (1999) dan un giro con respecto a lo que debe considerar el juez cuando tenga ante sí una prueba pericial. Se estableció entonces que:

- (i) El testimonio del experto deber estar basado en suficientes hechos y datos.
- (ii) El testimonio debe ser producto de principios y métodos confiables, y
- (iii) El testigo debe aplicar los principios y métodos confiables a los hechos del caso.

La Regla Federal Norteamericana, adoptada por la mayoría de los estados apuesta a una delimitación para la apreciación de la experticia entre criterios de confiabilidad del dictamen y el de aceptación por parte de la comunidad científica de los criterios que sirven de base al mismo.

11.4. Derecho Chileno.

En el caso de **Chile**, se tiene que su código de procedimiento civil determina en su artículo 409 que: “ Se oirá informe de peritos en todos aquellos casos en que la ley así lo disponga, ya sea que se valga de estas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales”, y lo cierto es que la lectura de ese estatuto permite inferir que esa legislación trata a la experticia textualmente como informe de peritos y no como dictamen pericial como lo contempla la legislación colombiana. Sin

embargo doctrinantes como Aguirrezabal ¹³⁵, desarrollan la misma como si fuera una prueba pericial y no sólo un informe, señalando al respecto que:

Así, la iniciativa para rendir la prueba pericial corresponde a las partes, quienes deberán solicitar la designación de perito dentro del término probatorio. También se ha previsto la posibilidad de que sea decretada de oficio por el juez en cualquier estado del proceso o bien como medida para mejor resolver, debiendo oírse en todos aquellos casos en que la ley lo disponga o cuando exista la necesidad de consultar opiniones periciales.

Debe citarse a una audiencia para proceder a la designación del perito, el que será nombrado de común acuerdo por las partes y a falta de acuerdo por el tribunal, quien deberá elegirlo de las listas a las que se refiere el artículo 417.

Los peritos deben aceptar el cargo y jurar desempeñarlo con fidelidad, practicando el reconocimiento y emitiendo el correspondiente informe pericial, sin que luego deban declarar en una audiencia posterior sobre dicho dictamen, y teniendo las partes la posibilidad de formular observaciones a este último, y apreciándose el valor probatorio del dictamen en conformidad con las reglas de la sana crítica.

En la actualidad, la forma como nuestra legislación procesal civil protege la imparcialidad de la prueba pericial, es haciendo aplicable al perito las normas sobre inhabilidades de los testigos.

Al igual que la citada autora Aguirrezabal, respecto de la valoración de la prueba pericial, expone:

La prueba pericial se enmarca, como se ha señalado, dentro de lo que se denomina la prueba científica, la que goza de un alto poder de fiabilidad.

Por regla general, la valoración que el juez efectúa del informe de peritos se realiza conforme a las reglas de la sana crítica, y sin que por ella esta prueba deba prevalecer sobre el resto de las pruebas allegadas al proceso, valorándose la misma en su conjunto.

¹³⁵ Tomado de: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010. Aguirrezabal Grünstein, Maite. Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19 -Nº 1, 2012 pp. 335-351. Consultado el 14 de febrero de 2015. 10:55 p.m.

Se trataría por tanto de una suerte de discrecionalidad judicial guiada por las reglas de la ciencia y de la lógica, estando siempre obligado a la motivación racional de los criterios que adopte.

En este sentido, resultan importantes las palabras de Devis, cuando señala que la doctrina moderna está de acuerdo en esta libertad, que consideramos indispensable para que el perito no usurpe la función jurisdiccional del juez y para que este pueda controlar cabalmente si el dictamen cumple o no los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria. Quienes defienden la libre valoración por el juez de las pruebas en general, obviamente la reclaman para la peritación; quienes estiman que no se trata de un verdadero medio de prueba, sino de un acto auxiliar para ilustrar al juez en materias técnicas, artísticas o científicas, con mayor razón consideran que las conclusiones del dictamen nunca vinculan al juzgador.

Agrega Taruffo que puede suceder *"que el sentido común no comprenda las nociones suficientes para permitir al juez valorar adecuadamente las pruebas de la forma que se ha señalado. La única consecuencia que se puede extraer de ello es que la valoración de la prueba científica es una actividad que trasciende el sentido común, requiriendo del juez la capacidad de conocer la ciencia para realizar apropiadamente su función judicial. Claro está que sería absurdo pretender que el juez sea omnisciente, pero parece razonable, en la sociedad actual, que el juez disponga de una formación epistemológica básica que le permita realizar una adecuada valoración crítica de la validez y fiabilidad de las pruebas científicas."*

Como bien hemos podido apreciar, el medio de prueba pericial, antes poco conocido o difundido, va adquiriendo paulatinamente fuerza y se van incorporando al igual que el resto de las probanzas al proceso civil como un medio de prueba más, que le ilustran (los peritos) en buena medida a los jueces de elementos que estos desconocen, para lograr una apreciación más acercada al objeto del dictamen, aunque el tribunal tiene la facultad de apartarse del criterio expuesto en el dictamen pericial, siempre y cuando pueda fundamentar correctamente el punto de vista propio.

11.5 Derecho Mexicano

México es un estado federal, por ello se tomará como muestra uno de los códigos de uno de los estados, a fin de contar con una información al respecto: el Estado de Guanajuato en lo que respecta a los procesos civiles.

En lo referente a la prueba pericial, en un primer momento corresponde al juez analizar los criterios de admisibilidad de la prueba y proceder a su decreto, previa carga del oferente de indicar no solo la especialidad del experto sino también el objeto sobre el cual recaerá la pericia y su relación con el tema de prueba, respecto del dictamen pericial, resulta pertinente tener en cuenta la regulación que al respecto atiende el Código de Procedimiento Civil del Estado de Guanajuato. En dicha obra, en los artículos 147 a 163 se regula tal medio probatorio. Allí se indica que los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca la cuestión sobre que ha de oírse su parecer, si la profesión o el arte estuvieran legalmente reglamentados. Si la profesión o el arte no estuvieran legalmente reglamentados, o, estándolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas, a juicio del juez, aun cuando no tengan título.

A cada parte corresponde nombrar un perito, a no ser que se pusieren de acuerdo en el nombramiento de uno solo.

Resulta obligatorio a la parte que desee rendir prueba pericial, que la promueva de los diez primeros días del término ordinario o extraordinario, en su caso, por medio de un escrito en que formulará las preguntas o precisará los puntos sobre que debe versar; hará la designación del perito de su parte, y propondrá un tercero para el caso de desacuerdo.

Al juez corresponderá señalar lugar, día y hora para que la diligencia se practique, si él debe presidirla. En ella podrá pedir a los peritos todas las aclaraciones que estime conducentes, y exigirles la práctica de nuevas diligencias.

La doctrina **Mexicana** señala al respecto, a partir de la experiencia de los Jueces Menores Mixtos, estableciendo el trámite que se debe seguir para la práctica de dicho medio probatorio¹³⁶:

b. Desahogo de la prueba pericial Una vez admitida la prueba, las partes deben presentar el escrito donde los peritos acepten y protesten su cargo, en el cual deben: primero, anexar original o copia certificada de la cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito, segundo manifestar bajo protesta de decir verdad que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, esto dentro de los tres días siguientes a la admisión de la prueba. En el caso de que no se presente el escrito de aceptación del perito, tendrá como sanción, si es del oferente, la deserción de la prueba, y si es el contrario del oferente, tenerlo por conforme con el perito de su contraria.

(...)

También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.

(...)

Finalmente, las partes tendrán derecho a interrogar al o a los peritos que hayan rendido su dictamen, salvo en los casos de avalúos a que se refiere el artículo 1257, y a que el juez ordene su comparecencia en la audiencia que para tal fin se señale, en la que se interrogará por aquél que la haya solicitado o por todos los colitigantes que la hayan pedido.

11.6 Derecho Peruano

Respecto al desarrollo de la prueba pericial en la legislación procesal civil, señala Robledo¹³⁷ que:

¹³⁶ Tomado de: <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/2encuentro/LIC.%20TERESA%20CARINA%20ROBLEDO%20HERN%C3%81NDEZ.pdf>. Robledo Hernández, Teresa Carina. La prueba pericial "Observaciones sobre algunas reformas desacertadas y otras convenientes". Instituto de formación de los servidores públicos del Consejo del Poder Judicial del Estado de Guanajato, 2009 pp. 4-8. Consultado el 15 de febrero de 2015. 10:20 p.m.

De conformidad con el artículo 262 del Código Procesal Civil, la prueba pericial procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.

Para que el juez admita la prueba pericial, el peticionante al momento de ofrecerla debe cumplir con indicar con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia.

Ahora bien, en cuanto a la oposición, se deben tener en cuenta tanto los requisitos de procedencia y de admisibilidad de la prueba pericial, a tal punto que si el juez acepta una pericia, la otra parte para oponerse a dicha prueba deberá examinar si los hechos que se pretenden probar con la pericia requieren de conocimientos científicos, tecnológicos, artísticos u otros análogos. En consecuencia, si los hechos a probar con la pericia no requieren de conocimientos especiales, entonces es evidente que dicha prueba va ser inútil para los fines del proceso.

En el supuesto que los hechos controvertidos requieran de conocimientos especiales, la otra parte para efectos de la oposición debe verificar que se hayan cumplido con todos los requisitos de admisibilidad de la prueba pericial. En tal sentido, si es que el peticionante no hubiese cumplido con indicar o precisar los puntos sobre los que se debe basar el dictamen pericial, o la profesión u oficio de quien debe realizarlo o el hecho controvertido que se pretende esclarecer con la pericia, es evidente que el ofrecimiento de dicha prueba pericial deviene en inadmisibile, razón por la cual si la pericia fue admitida por error, la otra parte podrá oponerse dando a conocer al juez los defectos advertidos.

Por otra parte, tal como hemos manifestado líneas arriba, en los procesos de ejecución de resoluciones judiciales y ejecución garantías solo es admisible la prueba documentaria, por ende la admisión en dichos procesos de una pericia daría lugar a que se interponga una oposición contra dicha prueba, por estar prohibida por la ley procesal para la ejecución de la pretensión.

Igualmente, procederá la oposición si es que la pericia tiene por finalidad acreditar hechos no controvertidos, hechos admitidos por los sujetos procesales, hechos notorios, hechos que caen en la esfera de la

¹³⁷ Tomado de: <http://blog.pucp.edu.pe/item/75160/la-oposicion-a-los-medios-probatorios-en-el-proceso-civil>. Esquivel Oviedo, Juan Carlos. La oposición a los medios probatorios en el proceso civil. Consultado el 17 de febrero de 2015. 9:08 p.m.

cosa juzgada, hechos presumidos por la ley, o si con este medio se pretende probar el derecho nacional.

No se puede pasar por alto que la legislación peruana como la chilena, contempla en su normatividad como medio de prueba el informe de peritos más no lo trata como dictamen pericial como tal, sino como un informe de expertos que se rinde en el proceso, explicando además a través de Orrego¹³⁸ que

El Código Civil no alude a este medio de prueba, lo que se explica, porque en la época en que entró en vigencia, los juicios en los cuales se requería tener conocimientos técnicos, eran resueltos por peritos, razón por la cual se denominaban “Juicios Prácticos”, sustrayéndose al conocimiento de los tribunales ordinarios. Esta situación se modificó en 1875, al entregarse el conocimiento de todos los asuntos judiciales a los tribunales ordinarios de justicia.

(...)

El informe de peritos es obligatorio en ciertos casos y facultativo en otros: • Es obligatorio: en los casos en que la ley ordena informes de peritos. En tal sentido, el artículo 409 del Código de Procedimiento Civil establece que “Se oirá informe de peritos en todos aquellos casos en que la ley así lo disponga, ya sea que se valga de estas expresiones o de otras que indiquen la necesidad de consultar opiniones periciales”. • Es facultativo: en los casos a que se refiere al artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, vale decir: 1º Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y 2º Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

(...)

Dispone el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil que “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”. Se entiende por reglas de la sana crítica, aquellas que conducen al conocimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón. Es el criterio racional puesto en ejercicio. Ello implica que los tribunales no están obligados a aceptar los informes de peritos.

¹³⁸ Tomado de:

<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1ece793776efd47/Teor%C3%A9tica+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f79058004678c1b1a1ece793776efd47>.
Orrego Acuña, Juan Andrés. Teoría de la prueba. Consultado el 17 de febrero de 2015. 9:35 p.m.

11.7 Derecho Brasileiro

A Pesar de ser un estado federal, en el Brasil, la legislación sobre materia procesal es unitaria para todos los estados. En la legislación Brasileira, en especial en su Código de Processo Civil de 1973¹³⁹, llama la atención que la misma dispone expresamente modalidades de la prueba pericial, tomando lo expuesto por Fremenick¹⁴⁰ se tiene que en el Brasil la

¹³⁹ Ley N.º 5.869, de 11 de enero de 1973

¹⁴⁰ Tomado de: <http://www.tomislav.com.br/prova-pericial/>. Fremenick, Tomislav. Prova pericial.

“As modalidades da prova pericial previstas em lei são: exame, vistoria, arbitramento e avaliação.

No exame, a atividade do perito consiste em inspecionar as pessoas e coisas móveis com o objetivo de se verificar certos fatos relacionados com o objeto da lide. Das espécies de prova pericial, o exame é das mais freqüentes no processo do trabalho. Assim, examinados constantemente, assinaturas, escritas contábeis, documentos em geral, etc. Raramente o exame tem por objeto pessoa, embora isto seja possível. A diferença entre o exame e a vistoria é que no segundo o perito inspeciona o estado ou situação de imóveis (terrenos, prédios, etc.).

O arbitramento implica na fixação de valores estimados em moeda para coisas, direitos ou obrigações, determinados pelo perito. Pode também envolver aspectos qualitativos.

A avaliação, por sua vez, envolve a atribuição de uma estimativa do valor das coisas e dos direitos e obrigações que constituem o objeto da perícia. Conforme o Artigo 420 do CPC em seu Parágrafo único:

“O juiz indeferirá a perícia quando:
I – a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
III – a verificação for impraticável.

As razões do veto legal são de ordem lógica e programática, por isso que: a) Quando a prova do fato controvertido puder ser feita mediante documentos, ou pelo testemunho comum das pessoas, não há necessidade de perícia, que é mais demorada e onerosa. Pode-se dizer, inclusive, que essa prova tem caráter estrito, pois seu deferimento não se dá com a mesma amplitude que ocorre em relação aos demais probantes. b) Se a demonstração de verdade do fato alegado já foi feita, é obvio que, a partir daí, a prova pericial será inútil. No entanto, é necessário verificar se a prova foi feita por meio totalmente idôneo; se não foi, o magistrado deverá deferir a realização da prova pericial.

prueba pericial no se desarrolla normativamente como una generalidad como en el caso Colombiano sino que se divide en varias modalidades que son *exame*-examen, *vistoria* –encuesta, arbitramento-juicio y *avaliação*-evaluación, en donde a través del examen la actividad del perito será la de inspeccionar personas y móvil con el fin de verificar ciertos hechos relacionados con el objeto de la controversia, además de que esta modalidad es una experticia que recae sobre bienes muebles; por medio de la *vistoria* el experto también tendría una función de inspeccionar pero sobre el estado o situación (terrenos, edificios, etc.), de ahí que se diga que la misma es una experticia sobre bienes inmuebles; en el arbitramento el fin de la pericia será el de fijar valores estimados de las cosas en moneda, al igual que derechos u obligaciones y puede también implicar aspectos cualitativos; la *avaliação* implica la asignación de una estimación del valor de las cosas y los derechos y obligaciones que constituyen el objeto de la pericia, por lo que es un dictamen que se usa para evaluar el valor del activo, obligación o derecho dado.

Es importante señalar que el Código de Proceso Civil (Art. 335) Brasileiro, contempla la posibilidad de que el Juez pueda prescindir de la prueba pericial cuando sea posible formar su convicción sobre los hechos que hacen uso de las "reglas de peritaje técnico", señalando que ello sería el caso de la utilización de un reglamento técnico que es de uso común y que ha llegado a ser ampliamente conocido, el cual por esas circunstancias no constituye ni requiere un sello distintivo de los peritos, debido a que estos por

c) Em certas situações, embora a prova perícia I fosse exigível, o magistrado não deverá deferi-la por ser impraticável. Se, todavia, houver sinais ou vestígios da coisa destruída, caberá ao magistrado deliberar ou não a realização da perícia."

sus conocimientos técnicos y científicos de alta complejidad, sólo se requerirán para eventos especiales y no de conocimiento general.

Recientemente, el 16 de marzo de 2015 se sancionó la ley ordinaria nº 13.105, correspondiente al nuevo Código Procesal Civil (NCPC), que entrará en vigencia el 15 de marzo de 2016. Sobre la prueba pericial, señala esta ley federal que conforme al art. 156 y ss, el juez será asistido por expertos cuando la prueba del hecho dependa de conocimientos científicos o técnicos, expertos que se designan de listas obligatorias para el juez, salvo que en la localidad no exista tal lista, caso en el cual el nombramiento del experto será de libre elección por el juez. El art 464 por su parte indica que el juez podrá rechazar el decreto de la prueba pericial cuando la prueba del hecho no dependa de conocimientos técnicos especiales, o por innecesaria dada otras pruebas obrantes o que el objeto a verificar sea poco práctico. En la argumentación el perito puede hacer uso de dispositivos tecnológicos durante la transmisión de sonidos e imágenes con el fin de esclarecer los puntos controvertidos del caso. Designado el perito corresponde a las partes dentro de los quince (15) días a partir del de nombramiento del experto argumentar impedimentos o sospecha si fuere el caso, nombrar asistente técnico (asesora a la parte y no puede ser sujetos a descalificación o sospecha y presentar preguntas. Las partes se convocan a una audiencia de propuesta de honorarios cancelándose el 50% del valor de la pericia y el restante 50% cuando termina el encargo, si la experticia no es concluyente o deficiente, el juez podrá reducir la indemnización. Las partes podrán presentar preguntas adicionales durante esta diligencia, las que podrán ser respondidas por el perito antes de o en la audiencia de instrucción y juzgamiento. Las partes mutuamente pueden designar peritos.

El experto presentará el informe en el tribunal en el plazo fijado por el juez, por lo menos veinte (20) días antes de la audiencia de instrucción y

juzgamiento. Si se necesitan aclaraciones el perito contara con un plazo de 15 días. El juez, de oficio o de parte ordenará un nuevo dictamen cuando la materia no está suficientemente aclarada y recaerá sobre los mismos hechos sobre los cuales cayó la primera y se diseñará para para corregir cualquier omisión o inexactitud de los resultados que se llevó.

En conclusión en Iberoamérica sea un perito o varios los que presentan los dictámenes periciales, no es común que las partes aporten el dictamen pericial como ocurre en Estados Unidos, en España después de la LEC de 2000 y próximamente en Colombia; pero siempre se permite a través de los interrogatorios la contradicción de la prueba por parte de los sujetos procesales y su valoración por el juez de manera autónoma e incluso la prescindencia de tal medio probatorio dependiendo del conocimiento técnico generalizado que se pueda tener de un asunto.

CAPÍTULO III

FORMAS DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL DENTRO DEL CONTEXTO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO

INTRODUCCIÓN

Caracterizada la práctica de la prueba pericial como acto de contradicción en audiencia por parte de los sujetos procesales corresponde acometer el estudio de manera detallada de los problemas específicos que se asoman a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, no solo desde la aportación del dictamen de parte sino de las conductas que pueda asumir la parte frente a la cual se aduce el medio probatorio, problemas que se plantean así : 1. ¿ Qué ocurre si se aporta un dictamen pericial y la parte frente a la cual se aduce guarda silencio? 2. ¿ Resulta necesario que se cite obligatoriamente al experto a la audiencia de instrucción? 3. ¿ Qué validez tiene un dictamen cuando se cita al perito a la audiencia y no comparece o cuando no es citado por la contraparte o el juez? 4. ¿ Qué clase de valoración debe darse por el juez al dictamen aportado por una o las partes? 5. ¿ Es posible ejercer la contradicción del dictamen mediante la presentación de otro? 6. ¿ En caso de contradicción de un dictamen de parte que puntos debe contener el nuevo? 7. ¿Cuál deberá finalmente prevalecer? 8. ¿ Qué puede hacer un sujeto que no cuente con los recursos económicos para sufragar un dictamen pericial? A estos interrogantes se dará respuesta en este capítulo, el cual busca desarrollar el objetivo Nro. 2, del trabajo de investigación en el sentido de indicar las formas por las cuales se contradice la prueba pericial, bajo los lineamientos de la oralidad regulada en el Código General del Proceso. A tales cuestionamientos se dará respuesta a continuación.

1. Aportación de parte de la prueba pericial.

No es novísima la posibilidad que la aportación de la prueba pericial sea a instancia de parte, desde nuestro remoto Código Judicial se propendía a su designación por parte de los litigantes, siendo excepcional tal designación por parte del juez. Así disponían los artículos 705 de la Ley 105 de 1931:

- ARTÍCULO 705.- Para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos, cuyo nombramiento, por regla general, corresponde a las partes, quienes si no convienen en nombrar uno solo, cada una designa el suyo y los dos principales, el tercero.
- ARTÍCULO 706.- Corresponde al Juez hacer el nombramiento de peritos en los casos siguientes:
 - 1o. Cuando dentro de los términos señalados las partes no hacen la designación, o los nombrados no se presentan a tomar posesión del cargo, o no rinden su dictamen.
 - 2o. Cuando varias personas que forman una parte, no se ponen de acuerdo en la elección de un mismo perito.
 - 3o. Cuando sucede lo propio en la designación del tercero que deben nombrar los peritos principales.
 - 4o. Cuando a tiempo de practicarse la diligencia no comparece el perito, el que puede ser reemplazado por el Juez en el acto mismo sin necesidad de proferir auto. Si no es dable conseguir otro experto, se hace nuevo señalamiento, siendo de cargo de la parte que nombró al no concurrente el costo de la nueva diligencia, salvo el caso de legítima excusa; y
 - 5o. Cuando de modo especial esté facultado por la ley para hacer el nombramiento.

El código de procedimiento civil (Decreto 1440 de 1970) ya señaló que la designación de los peritos era de competencia del juez. Así expresaba:

- ARTÍCULO 234. En los procesos de mayor cuantía la peritación se hará por dos peritos; en caso de desacuerdo se designará un tercero. Sin embargo, las partes de consuno, dentro de la ejecutoria

del auto que decreta la peritación, podrán solicitar que ésta se rinda por un solo perito. En los procesos de menor y mínima cuantía, el dictamen será de un solo perito.

Casi 20 años después se introduce una variación a la inexorable regla y ya la ley 446 de 1998 confirma:

- ARTÍCULO 10. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas: 1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

La posibilidad de aporte del dictamen por las partes es retomada en la Ley 794 de 2003, en donde se reformó el contenido del artículo 183 del código de procedimiento civil en tanto que: *Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.*

La ley 1395 en el artículo 116 iteró que la parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad, la experiencia del perito y la información que facilite su localización. Corresponderá entonces al juez citar al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado. La inasistencia del perito a la audiencia dejará sin efectos el experticio, norma que en definitiva acoge el Código General del Proceso que dentro de sus preceptivas incluso exige para la posibilidad de contradecir o integrar el

contradictorio el que se aporte obligatoriamente dictamen pericial, como acontece en ciertos procesos declarativos como los de expropiación, divisorios y servidumbres.

A este propósito en los procesos de expropiación que regla el artículo 399 del Código General del Proceso, resulta obligatorio acompañar un dictamen pericial elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o por una lonja de propiedad raíz, con la contestación de la demanda, si el demandado no estuviere conforme con el avalúo que presentare la entidad expropiante al considerar que hay lugar a indemnización por conceptos no incluidos en él o por un mayor valor, pues si no se presenta se rechazará de plano la objeción formulada.

En el proceso divisorio que regla el artículo 406 y siguientes del Código General del Proceso con la demanda deberá acompañarse un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama. De igual manera, un comunero que tenga mejoras en la cosa común deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación, especificándolas debidamente y estimándolas bajo juramento estimatorio y acompañará dictamen pericial sobre su valor.

Finalmente, en los **procesos sobre servidumbres** al tenor del artículo 376 del Código General del Proceso con la demanda se debe acompañar el dictamen sobre la constitución, variación o extinción de la servidumbre.

En ese sentido, sea que la aportación del dictamen pericial nazca de un querer espontáneo de las partes, de su obligatoriedad en algunos procesos o de la oficiosidad de su decreto hace que se plantee el papel del

juez como receptor del medio de prueba, en donde conforme a las reglas de la sana crítica, le corresponderá valorar la pericia, desechando “la ciencia basura” y entendiendo que la labor interpretativa y valorativa de la prueba le corresponde a él, pues el experto no puede reemplazar la responsabilidad de resolver el conflicto que le corresponde únicamente al juez.

Retrocediendo un poco en el tiempo, sobre la constitucionalidad de la norma citada (Ley 794 de 2003) en cuanto a la aportación de parte del dictamen pericial dijo la Corte Constitucional¹⁴¹:

Para garantizar el debido proceso, que incorpora los principios de contradicción y publicidad de la prueba, y a fin de evitar la presentación de pruebas ocultas o sorpresivas, el legislador prescribe en la norma demandada que la prueba podrá aportarse por las partes, pero sólo dentro de una etapa procesal específica.

Las partes gozan de la misma facultad para aportarlas, además de garantizárseles el derecho a controvertirlas por los medios y dentro de la oportunidad fijados en la ley. Por su parte el juez deberá decretar el peritazgo correspondiente en caso de existir contradicción entre varios de ellos.

Así entonces, la Sala considera que, en cumplimiento de la carga procesal que les asiste, es razonable que el legislador permita que las partes aporten pruebas, entre ellas los experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados, a fin de que el juez disponga de los elementos de juicio que le permitan tomar una decisión justa y razonada en atención a las especificidades del caso sometido a su consideración. Además, el hecho de aportar tales pruebas no impide a su contraparte controvertirlas ni al juez valorarlas en su oportunidad.

La facultad de que se puede aportar un dictamen pericial de parte, como se ha observado, no evita que la parte contra la cual se aduzca la experticia pueda solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas conductas procesales que serán objeto de análisis en párrafos posteriores.

¹⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-798 de 16 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

2.Contradicción del dictamen pericial.

El hecho que se permita aportar el dictamen por una de las partes, ello no constituye cercenamiento de la contradicción del mismo. Así como bien señala el artículo 228 del C.G.P, la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial, dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento podrá:

- ❖ Solicitar la comparecencia del perito a la audiencia,
- ❖ Aportar otro o
- ❖ Realizar ambas actuaciones.

2.1. Comparecencia del perito a la audiencia.

A solicitud de parte o citación oficiosa del juez el perito será citado a audiencia cumpliéndose las siguientes previsiones:

- a) El juez y las partes podrán interrogar al experto bajo juramento acerca de su idoneidad, sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.
- b) La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuentes.

- c) Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio.
- d) Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.
- e) El perito solo podrá excusarse una vez y ello antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito.
- f) En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.

En los **procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa**, el dictamen podrá rendirse por escrito. En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.

La introducción de un dictamen pericial aportado por la parte, no implica que el sujeto en contra de quien éste se aduzca o el juez deban solicitar la comparecencia del experto a la audiencia. Lo anterior no obsta para que el juez proceda a controlar el cumplimiento de los requisitos formales y de fondo del dictamen pericial aportado por la parte, previendo que éste se ajuste al contenido del artículo 226 del C.G.P, es decir, que el mismo sirva para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos dejándose claro que la

experticia no verse sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Aunado a lo anterior, el dictamen debe estar acompañado de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito. Por supuesto la exigencia de que el dictamen sea claro, preciso, exhaustivo y detallado; no se puede soslayar requiriéndose que en él se expliquen los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, al igual que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

Solo si se cumplen estos condicionamientos se podrá hablar de dictamen pericial, de lo contrario el juez en la labor de gatekeeper, a la cual ya se hizo mención en párrafos precedentes, tendrá la disyuntiva de inadmitirle si no cumple con la exigencias que tal medio probatorio exige cuando se aporta al proceso por la parte, o si no tiene la claridad suficiente o presenta elementos que le originen duda al operador judicial se procederá a citar al experto de manera oficiosa, sin parar mientes en que la parte en contra de quien se hubiese presentado la experticia no le citará. Ahora bien, la citación que realiza el juez resulta obligatoria pues si el experto no comparece al dialéctico debate de su experticia la misma no será considerada en el juicio.

Se insiste que el silencio guardado por la contraparte frente a quien se ha presentado el dictamen, no releva al juez de su misión de verificar los hechos relacionados con las alegaciones de las partes al tenor del artículo 169 del C.G.P.

La validez del dictamen dependerá entonces, de la comparecencia del experto a la audiencia a que fuere convocado, bien por el juez o por la parte frente a la cual se adujo, pues la ausencia del mismo en el debate público generará el que tal medio probatorio no sirva para formar el convencimiento

del juez. La exigencia de la presencia del profesional es vital, pues la exposición que este brinde servirá para aclarar aspectos que resulten basilares dentro del juicio o permitir concretar los puntos que interesen a las partes para la construcción y dar soporte a las afirmaciones e infirmaciones que se hubiesen propuesto dentro del proceso. Lo anotado no implica que el juez cuando valore el dictamen aportado por la parte hubiere sido éste discutido o no en audiencia, se encuentre subyugado o compelido a sujetarse al resultado o conclusiones del medio probatorio; pero tal posibilidad obviamente nacerá cuando la experticia se aleje de la ciencia, técnica o arte u otros medios probatorios le resten fuerza demostrativa a la pericia, en todo caso el juez tendrá que dar razones que fundamenten su decisión, alejada del experto.

Recapitulando, el juez entonces no tendrá que sujetarse a la prueba pericial que le ha sido brindada ni puede ser ésta, en manera alguna un elemento inescindible de su decisión, pero si tendrá el deber el operador judicial de apreciar crítica y motivadamente la experticia sometida a un reflexivo examen; y luego de ello en la medida que este le convenza acogerlo entendiendo que siendo un perito de parte o perito judicial, jamás podrán sustituir al juez quien en últimas es el funcionario que cuenta con jurisdicción y decide.

2.2. Aporte de otro dictamen por la contraparte.

Dentro del término de traslado del escrito aportado como dictamen pericial por una parte, o en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento la parte frente al cual se aduzca podrá aportar otro. (Art 228 del CGP)

En el evento de contradicción de un dictamen de parte con la introducción de otro quien le aporte deberá precisar los puntos materia de discrepancia con respecto al método y resultados conclusivos del medio probatorio ofrecido por su adversario y si lo considera adicionará temas no propuestos en la pericia y que tengan relevancia con el tema de prueba.

Adviértase de una vez que si se presentaren fundadas contradicciones entre dictámenes periciales corresponderá al juez asumir el que contenga mayor fuerza probatoria el que prevalecerá con respecto al otro o acudir a sus poderes de ordenación cuando fueren totalmente diversas las conclusiones sobre el objeto de la pericia a través de un dictamen ordenado oficiosamente.

3. La aclaración o complementación de la pericia.

Como se ha explicado, el derecho de contradicción en un concepto sencillo, es la garantía que tiene cualquier persona para intervenir en el proceso y poder ejercer su defensa frente a todos los actos que se profieren en el mismo, donde se encuentran los medios probatorios que son aportados o practicados en el trámite de la acción judicial. Es así como en la prueba pericial el derecho de contradicción también se manifiesta a través de sus diferentes expresiones que de conformidad con el código de procedimiento civil son:

- Complementación
- Adición
- Aclaración
- Ampliación
- Objeción por error grave (Limitada por la Ley 1395 de 2010 y ley 1564 de 2012)

- Ejercicio de la función judicial de apreciación y valoración de la prueba

Así, el artículo 237 del Código De Procedimiento Civil contemplaba la posibilidad para que dentro del término de traslado del dictamen pericial las partes pudieran solicitar que el mismo se complementara, adicionara o aclarara o que el juez conforme al artículo 238 ibídem ordenara a los peritos aclaraciones, complementaciones o ampliaciones; en contraste, el Código General del Proceso no contiene expresamente los vocablos anotados pues no indica el que las partes puedan solicitar complementaciones, adiciones o aclaraciones, salvo a lo consagrado en el parágrafo del artículo 228 del C.G.P en tratándose de procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, en donde el dictamen además de poderse rendir por escrito, se precisa correr traslado a las partes por el término de tres días, en el cual éstas podrán solicitar la aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, a costa del interesado,

Será necesario indicar previamente qué significan cada uno de estos verbos en materia procesal y posteriormente dilucidar si efectivamente ha desaparecido tal posibilidad ante la omisión legislativa o existe diferente tratamiento si el dictamen es aportado por las partes o se trata de dictamen judicial.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁴² dentro de las múltiples acepciones a los verbos mencionados diferencia los mismos, lo que parafraseándole pueden entenderse así:

¹⁴² Diccionario de la Lengua Española. Tomado de internet: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> 4 de marzo de 2015 Hora 11:05 a.m.

- **Aclarar** es hacer claro, perceptible, manifiesto o inteligible algo, ponerlo en claro, explicarlo. Un ejemplo podría ser en un caso de responsabilidad médica el que se aclare un término utilizado por el experto. ¿Podría usted aclarar en qué consiste una dehiscencia de sutura?
- **Complementar** es añadir a una cosa, cualidad o circunstancia otra para hacerla íntegra o perfecta. Ejemplo en un dictamen sobre deficiencias en una edificación podría solicitarse se complementara una respuesta del experto así: ¿Si en razón del fenómeno ya dicho, es decir de que el muro sea más alto que el techo de las bodegas, al levantar el muro era además necesario intervenir los techos, es decir, amarrar las cerchas al muro?
- **Adicionar** es agregar, incorporar algo a otra cosa. En materia probatoria corresponde a la oportunidad que tiene una parte de sumar nuevos cuestionamientos.
- **Ampliar** es extender, dilatar lo que debe entenderse como una mayor explicación sobre una exposición u opinión.

De antemano hay que distinguir en las formas de contradicción que se puedan asumir cuando el dictamen hubiere sido aportado por la parte u ordenado de manera oficiosa por el juez para delimitar la discusión propuesta y concluir si persisten o no dentro del Código General del Proceso las posibilidades de aclarar, complementar, adicionar o ampliar el dictamen pericial:

3.1. Dictamen aportado por la parte.

En el primero de los eventos el juez y las partes pueden interrogar al perito bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

Ahora solo le asiste el derecho a la contraparte de quien haya aportado el dictamen formular preguntas asertivas e insinuantes, teniendo la posibilidad de volver a intervenir conforme las reglas que se establecen para el testimonio. Es decir, el perito rinde su exposición, a lo que procederá el juez

a interrogar al experto, una vez realizado aquello se da el uso de la palabra a quien aportó la experticia para que interroque y a renglón seguido a la parte contraria. En ese mismo orden como señala el artículo 221 numeral 4 del CPG, las partes tendrán derecho por una sola vez, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, con fines de aclaración y refutación. El juez podrá interrogar en cualquier momento.

La aclaración, complementación y ampliación del dictamen pericial resultan posibles dentro del contexto del Código General del Proceso a pesar del silencio que sobre el tema guardó el legislador. La adición tendrá que estudiarse conforme si se trata de un dictamen judicial o de parte. Como se analiza.

Para arribar a tal conclusión, respecto de las dos primeras, (aclaración y complementación) es importante tener en cuenta que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido desde hace más de 4 décadas, que cuando la experticia reúne los supuestos de claridad, precisión y detalle, que le exigía el numeral 6 del artículo 237 del C.P.C., no tenían cabida las figuras de la aclaración o complementación, dijo el órgano de cierre¹⁴³:

Esta Corporación ha dicho que cuando el interrogante ha sido absuelto por el perito en la forma dicha, pretender ahora, por la vía de la complementación, que se le aborde con vista en otros elementos que incorpora o solicita la recurrente y que eventualmente impulsarían una conclusión distinta, resulta inadmisibles, porque tras una pretensión de esa naturaleza no se persigue depurar la experticia de un defecto de contenido que en fin de cuentas no existe, sino descalificar su resultado, a través de los medios probatorios aducidos o impetrados por la impugnante y por un cauce procesal inapropiado, en tanto que sólo resulta apto frente a un concepto pericial incompleto, que no es el caso, para soslayar la prohibición de tachar por error grave la peritación

¹⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de octubre de 2011. Ref.: 11001-3110-009-2007-01206-01 M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

rendida como prueba de la objeción a uno anterior –art. 238 – 5 del C. de P.C.- Así las cosas, como no se dan las circunstancias legalmente previstas para ordenar el complemento del dictamen, la decisión reprochada no admite reparo y debe consiguientemente mantenerse. (Auto de 24 de mayo de 2006, exp. 1995-01977-01).

Así mismo ha aseverado: La ley ha otorgado a los litigantes derecho para pedir, dentro del referido traslado del dictamen, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren en caso de ser oscuro o deficiente, con el fin de completar la prueba purgándole de dudas o deficiencias, o para darle mejores fundamentos. Por lo mismo, también corresponde oficiosamente esta facultad al juez; y aun, por estar de acuerdo con la naturaleza y el fin de este medio de convicción, como lo ha dicho la Corte, pueden ejercerla motu proprio los peritos ya que ningún texto legal se los prohíbe.

Como la aclaración o ampliación del dictamen no constituye un nuevo peritaje sino parte integrante o complemento del concepto inicialmente rendido, formando con éste un solo todo, así sea que mediante ella el perito modifique o rectifique, y aun contradiga sus primeras conclusiones, no incurre en yerro de valoración legal el sentenciador que encontrándola uniforme, explicada y debidamente fundamentada atribuye pleno mérito demostrativo a la declaración o aclaración que hagan los peritos, prescindiendo de lo que inicialmente en sentido contrario ellos hayan afirmado. (CSJ, sent. oct. 18/71).

En cuanto a la ampliación del dictamen, que es una explanación de lo ya dicho resulta ilustrativo el ejemplo que se propone en un dictamen físico forense acerca de un accidente de tráfico. ¿Sírvasse señor perito, señalar si realizó usted observaciones, durante los exámenes que hizo sobre las documentales que reportan el accidente y la reconstrucción digital del mismo sobre el estado y características de la vía cuando ocurrió el siniestro?

En relación, al particular de la adición del dictamen pericial el profesor Parra Quijano¹⁴⁴ ha señalado:

De todos modos, la adición es en el sentido de que faltaron puntos que fueron oportunamente propuestos; ésta no sería la oportunidad para pedir que el dictamen se extienda a otros puntos que no fueron aducidos

¹⁴⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Décima Quinta Edición. Bogotá, 2006. P. 379.

oportunamente. Si la considera procedente, el funcionario accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen y fijará a los peritos un término prudencial para ella, que no podrá exceder de diez días. Si durante el traslado se pide aclaración o adición del dictamen y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquellas, si fueren ordenadas; en ese caso, si la parte que objeta queda satisfecha con las aclaraciones y adiciones, podrá desistir de la objeción.

Al punto hay que matizar su entender, pues se debe determinar si el origen del dictamen deviene de un aporte de parte u ordenación judicial. En el primero de los eventos, la adición no sería admisible si se trata de aportación de un dictamen de parte, pues para ello la contraparte debe aportar su propio dictamen, cosa diferente será cuando el juez decreta oficiosamente el dictamen en donde previamente debe elaborar un cuestionario al que no habría obstáculo según el derecho a probar que la parte solicite al juez autorice agregar o sumar nuevos cuestionamientos que interesen al proceso, y si este lo encuentra admisible desde la justificación de la necesidad de la prueba que decretó lo permita.

Ahora bien, para efectos del desarrollo de esta forma de contradicción, de la cual se parte, es decir de la admisión de aclaración, complementación y ampliación esta última que no debe confundirse con adición, en el plano del derecho comparado, se tiene que la jurisdicción española ha hecho avances significativos prácticos, ya en cuanto a la comparecencia del experto a la audiencia, expresando Matos de Araujo ¹⁴⁵ que:

Se puede deducir que si la parte eventualmente interesada no requiere expresamente la actuación del perito en el juicio o en la vista no podrá posteriormente alegar indefensión o deficiencia de la prueba pericial no sometida al contradictorio. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 95/2008 de 19 de febrero, afirma no existir obstáculo para valorar el dictamen aportado por la actora en virtud de que el perito no compareció en el acto del juicio. Añade esta resolución que el demandado debería haber solicitado dicha comparecencia para

¹⁴⁵ MATOS DE ARAUJO CHAVES, Manoel. El dictamen pericial: Criterios de valoración y su motivación en la sentencia civil. Burgos-España, 2012, p. 157-162.

someter el dictamen al contradictorio. La omisión de la parte demandada en solicitar la comparecencia del perito parece haber sido provocada por la existencia de solicitud anterior de la actora en este sentido. No obstante, el tribunal entendió admisible valorarse judicialmente el informe pericial aportado con la inicial, ya que la actuación del perito en la el juicio o en la vista se constituye en una facultad conferida a las partes y no una obligación para conformación de la prueba pericial.

La actuación del perito designado a instancia de parte en el juicio o en la vista, más allá de no poder ser acordada de oficio por el tribunal, no tiene carácter obligatorio, sino que es una facultad procesal conferida a las partes de acuerdo a su conveniencia.

... No obstante, la incomparecencia del perito, con independencia del motivo que le haya provocado, podrá tener consecuencias en la valoración del dictamen de acuerdo con la calidad y objetividad del informe y con la concreta solicitud de actuación, de la parte que aportó el dictamen o de la parte contraria. En el caso de incomparecencia del perito de una parte y comparecencia del perito de la otra, puede ser que un tribunal otorgue más fiabilidad al dictamen sometido al contradictorio judicial, como se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 418/2008 de 28 de noviembre, que admitió mayor fuerza probatoria al informe que fue ratificado y sometido a aclaración por parte de su autor -mostrándose coherente en sus manifestaciones-, que al dictamen emitido por el perito que no compareció a juicio y en consecuencia su informe no fue sometido a contradicción.

En definitiva, consideramos que la incomparecencia del perito en el juicio o en la vista, aunque debidamente citado, no obsta a la valoración del respectivo dictamen, así lo enseña la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 260/2007 de 15 de junio; y que dicha incomparecencia, con independencia de la causa, puede provocar consecuencias concretas en la valoración judicial de la prueba pericial, dependiendo de la objetividad de los razonamientos escritos.

Igualmente respecto al tema, resulta muy ilustrativo tener en cuenta lo señalado por Rojas¹⁴⁶ partidario y crítico de la posibilidad que el dictamen no sea sustentado en audiencia, al disponer que:

La intervención del perito en la audiencia, esto es, su intervención verbal, en contravía a lo sugerido por la oralidad, no es la regla general, sino una hipótesis excepcional: solo procederá cuando así lo solicite la parte contra la cual se aduce el dictamen o cuando el juez lo considere

¹⁴⁶ ROJAS QUIÑONES, Sergio Alberto. Código General del Proceso: Aciertos y Vicisitudes de un nuevo régimen de pruebas-Especial comentario a la propuesta de reforma frente a la prueba documental y la prueba pericial. Bogotá, enero-diciembre 2011.

necesario, de tal suerte que, por fuera de estas hipótesis, el dictamen será solamente escrito.

Pues bien, este es un punto en el que la propuesta del Código General del Proceso merece un razonable distanciamiento. Como en ocasiones anteriores lo hemos puesto de presente, carece de *sindéresis* jurídica que en un sistema procesal que se proclama a sí mismo como sistema oral, el dictamen pericial preserve la forma escrita. Si bien es claro que no existen procesos totalmente verbales o escritos, lo cierto es que, en el marco de la oralidad, se debe hacer lo posible por *verbalizar* las actuaciones procesales –tomando prestada la expresión de un autor español– y, como es natural, el dictamen pericial es una de aquellas actuaciones que, sin ningún problema, se puede verbalizar. Ello no solamente fomentaría la implementación de una verdadera oralidad, sino que además favorecería la coherencia en las instituciones de orden procesal.

Además, potencializaría las ventajas propias de la oralidad, las que se pueden ver afectadas o disminuidas por la preservación del dictamen escrito.

Lo cierto es que dentro de un proceso oral con actuaciones de esa misma naturaleza, que es lo que busca el Código General del Proceso, la comparecencia del perito a audiencia, debe ser lo que impere, al igual que su experticia y las conclusiones de esta, deberían ser rendidas en audiencia y no solamente sus justificaciones que es lo que deja entrever el texto del artículo 228, adicionalmente en la audiencia a las partes debe permitírseles solicitarle al perito la aclaración o adición al dictamen, así ello no este contemplado expresamente y de manera general, debido a que cerrar esa posibilidad no permitiría darle una mayor precisión, claridad y contundencia a la experticia allegada, y sobre el tema Devis¹⁴⁷ señalaba:

Salvo norma legal en contrario, debe permitirse que los peritos aclaren o adicionen su dictamen, sin excederse del cuestionario que se les había sometido, mientras no se haya proferido la sentencia o la decisión interlocutoria que resuelva la cuestión para la cual se decretó, según el caso. Rechazamos la opinión que considera agotada la actividad procesal

¹⁴⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II 1ª edición, Editorial Víctor P. de Zabala. Buenos Aires.1970. P. 406-407.

de los peritos, en el momento de rendir su dictamen, salvo una orden judicial para que lo aclaren o lo complementen. Si se acepta que los testigos pueden comparecer de nuevo ante el juez, por propia iniciativa, para aclarar, adicionar e inclusive rectificar su testimonio...con mayor razón debe aceptarse que lo hagan los peritos; de lo contrario se limitaría la utilización de la ciencia del perito por el juez y se privaría a éste de una oportunidad para entender y apreciar mejor el dictamen, sin correr el riesgo de equivocarse en cuanto al verdadero concepto de sus autores.

(...)

Si en las aclaraciones o adiciones al dictamen el perito se retracta o rectifica en punto sustancial, tal circunstancia es bastante para negarle mérito probatorio, porque indica falta de seguridad en los conceptos o de seriedad en el desempeño del cargo.

Finalmente como alude el artículo 228 del CGP, el dictamen aportado por las partes tendrá validez solo cuando el experto citado a la audiencia asiste a ésta, de lo contrario el mismo se desechará.

3.2. Dictamen ordenado de oficio.

Si el dictamen es ordenado de oficio por el juez se determinará un cuestionario específico que debe absolver el experto en la audiencia dejando conocer previamente con una anterioridad, no menor de 10 días a la audiencia las respuestas al cuestionario, esta disposición hay que entenderla dentro del contexto de la prueba de oficio, pues conforme al artículo 170 Inc. 2 C.G.P “... las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”.

Ahora, si dentro de las formas de contradicción reservada a las partes se encuentra la posibilidad de interrogar al perito, serán aplicables las posibilidades de declaración, complementación y ampliación del dictamen pericial, e incluso la solicitud ante el decreto oficioso de adición al cuestionario que el juez hubiere propuesto. A los tópicos planteados habría que sumar la discusión a propósito de la adición del dictamen pericial, a solicitud de los sujetos procesales.

No puede perderse de vista que tanto la aclaración como la complementación son figuras procesales que tienen como fin lograr explicaciones por parte del perito sobre su dictamen y sus conclusiones, a lo que ya se hizo mención. Respecto a ello ha señalado la doctrina a través de Matos de Araujo¹⁴⁸ que:

Cualquiera de las partes tiene legitimidad para solicitar la explicación del dictamen o de algunos de sus puntos; pero, no me parece de esperar que la parte que aporte el dictamen pueda tener interés en proceder en juicio a alguna aclaración oral, teniendo en cuenta que los trabajos escritos de esta naturaleza, en virtud de su objetividad y precisión, deberían explicarse por sí mismos, sin necesidad de manifestación de su autor.

Se podrían plantear no obstante dos situaciones que tornarían plausible que la parte que aportó el dictamen solicite explicaciones en juicio de su perito: 1ª) cuando las materias técnicas o científicas abordadas sean nuevas para el tribunal, conforme a lo comentado en el apartado anterior; 2ª) en el caso de que se aporte más de un dictamen pericial; también se justificaría la solicitud de explicación a instancia de la propia parte que designó al perito, con el objetivo de esclarecer las supuestas discrepancias verificadas entre los distintos informes.

El objeto de la explicación debe referirse a alguno o algunos puntos del dictamen cuyo significado no se considere suficientemente clarificador a los efectos de la prueba debido a la falta de precisión respecto de uno o más elementos del informe y su correlación con el objeto de la prueba. Así se obliga al perito a manifestarse exclusivamente sobre el objeto de la prueba pericial y se puede poner en duda la objetividad y credibilidad del dictamen que extrapole estos límites, por incluir razonamientos y/o conclusiones innecesarias o impertinentes.

Las solicitudes de explicaciones no pueden exceder del contenido del dictamen y el objeto de la prueba pericial; el tribunal debe diligenciar en el sentido de evitar los excesos de las partes en este sentido, no admitiendo las explicaciones que sean impertinentes o inútiles. Un ejemplo de solicitud de explicación impertinente puede ser vista en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora 130/2002 de 19 de abril, que consideró adecuada la denegación judicial a una explicación formulada por la parte al perito que, por referirse a una supuesta causa de los daños, no guardaba relación con el objeto de la pericia que era únicamente cuantificar los daños presentados por el vehículo.

¹⁴⁸ Ibídem, p. 165-166.

Sobre lo anterior resulta coherente citar lo dicho sobre el tema por la Corte Constitucional al realizar control de constitucionalidad a la Ley 1395 de 2010, en lo que a la prueba pericial respecta dijo¹⁴⁹:

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil prevé que rendido el dictamen por parte del perito, debe rendírsele traslado a las partes por el término de tres días, con el fin que manifiesten si debe ser aclarado o complementado, o para objetarlo por error grave. Para el caso de la aclaración o adición del dictamen, se confiere al juez la potestad de determinar su conveniencia y, de aceptarlos, impartirá el trámite correspondiente.

La aclaración o complementación del dictamen pericial, como se infiere de la misma expresión gramatical, buscan que los peritos **adicionen la experticia** frente a omisiones en que hubieren incurrido en el objeto de prueba, o bien resuelvan aspectos contradictorios u oscuros del mismo. En ese sentido, las facultades procesales mencionadas buscan garantizar el derecho de contradicción de las partes, de manera tal que puedan cuestionar a los peritos sobre el contenido y resultados del dictamen. A su vez, es una oportunidad para que los peritos presenten una nueva experticia, que responda a los interrogantes planteados por las partes. Se trata, en últimas, de un control de la prueba en sede judicial, a través de un procedimiento reglado, el cual tiene como bases (i) la previsión de oportunidades e instancias para que las partes conozcan el contenido del dictamen; y (ii) la disposición de herramientas para que las partes logren cuestionar aspectos sustantivos de la prueba.

Así, el resultado de este trámite es la recomposición del dictamen por un nuevo, que supere las falencias acreditadas por las partes. Sobre el particular, ha previsto la Corte que ‘...la explicación, ampliación o aclaración de un dictamen pericial, en orden al esclarecimiento y precisión de los hechos cuestionados, bien pueden conducir a la modificación o rectificación del concepto inicialmente rendido, pero en todo caso, dentro de la esfera de un mismo peritaje. De suerte que en cualquiera de estos eventos se trata de una extensión del trabajo originariamente realizado por los peritos, que tiene como fin la cualificación procesal de la información suministrada a través del dictamen

La única talanquera en cuanto a la forma de contradicción de la pericia oficiosa será la que no existirá posibilidad de formularse en el debate preguntas de talante sugestivo o insinuante, como si se reserva para la contraparte en contra de quien se aduce un dictamen, como indica el artículo

¹⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 124 del 01 de marzo de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

228 del C.G.P, pues como se indicó en párrafos precedentes, tal posibilidad es exclusiva cuando existe convocatoria a audiencia del perito de quien se ha presentado un dictamen de parte.

Son diferentes entonces los términos que se han explicado pues cada una de éstas formas de contradicción, doctrinaria y uniformemente tienen sus formas de introducirse en el juicio. Pues aclaraciones o complementaciones propenden por la introducción al proceso de nuevos elementos de discusión con respecto a la prueba, que tiendan a dilucidar aspectos basilaes de la experticia, bien sea por la actividad de las partes o del juez. Por último, siguiendo la sentencia de constitucionalidad citada¹⁵⁰, existe otro ámbito de control del dictamen pericial que es el ejercicio de la función judicial de apreciación y valoración de la prueba.

Merece especial atención el que el Código General del Proceso, no permite expresamente que las partes tengan en la audiencia de instrucción un experto que pueda actuar directamente en ella; para que asesore en este evento bien a la contraparte cuando existe un dictamen aportado, o a las partes cuando se trate de un dictamen judicial, para el entendimiento y crítica del interrogatorio del perito, es decir, cualquier intervención y más exactamente la formulación de las preguntas del interrogatorio, deberán ser realizadas por el apoderado judicial más no por su asesor técnico privado si lo tiene, situación que según Devis¹⁵¹ es contraria a lo permitido en algunos códigos de procedimiento, como los italianos para lo civil y lo penal y el civil del Brasil, autorizan a las partes para designar un consultor técnico, que las asesore en el estudio y la crítica del dictamen de los peritos y en general de

¹⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-124/11 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵¹ Ibídem. P. 401.

los problemas técnicos o científicos que se presente, con la facultad para intervenir en ese carácter en la correspondiente etapa del proceso.

Si bien expresamente no se aprueba la intervención directa de los consultores, no restringe la nueva codificación procesal la posibilidad de que lo hagan indirectamente; es decir, que los consultores si pueden asesorar a sus clientes en la audiencia, para entender y cuestionar la experticia del versado. La real dificultad consistirá en el que las partes cuenten con los recursos económicos para sufragar al asesor o consultor técnico, además de que la legislación no consagra herramientas efectivas para lograr que en el debate de los medios de prueba, por lo menos en lo que tiene que ver en el campo de la prueba pericial, haya una igualdad real entre las partes.

Justifica la posición que se asume el contenido del artículo 11 del C.G.P, el que preceptúa claramente que al interpretarse la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial insistiéndose en que las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales.

4. Objeción por error grave del dictamen pericial.

Sea primero advertir que el error grave en cuanto a los dictámenes periciales tiene lugar cuando el perito al examinar el objeto, le cambia las cualidades o sus atributos; o toma un objeto de observación y estudio distinto. De lo anterior resulta como postulado para su ocurrencia el que para que se evidencie el error grave es necesario que el mismo se

caracterice por ser manifiesto, evidente, ostensible y protuberante; detectable a simple vista, es decir que no se haga necesario para advertirlo o encontrarlo de mayores esfuerzos o razonamientos. Sin embargo, y a pesar de la severidad para su conformación, en los estrados judiciales tal mecanismo se convirtió en un estadio casi obligado de controversia generando una innecesaria dilación del proceso.

El código de procedimiento civil en el artículo 238 establece que para la contradicción de la pericia, del dictamen se debe correr traslado a las partes por tres días, durante los cuales éstas podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave. En este último evento cuando el error grave advertido hubiere sido determinante de las conclusiones que hubiere llegado el perito o porque el error se hubiere originado en éstas.

Establecía la norma procesal citada que en el escrito de objeción se precisaría el error y se pedirían las pruebas para demostrarlo, previo traslado a las demás partes, dentro de los cuales podían éstas pedir pruebas. El juez decretaba las que consideraba necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concedía un término de diez días para practicarlas. Ahora bien, el dictamen rendido como prueba de las objeciones no era objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrían pedir que se complementara o aclarara. Realizado lo anterior la objeción se decidía en la sentencia o en el auto que resolviera el incidente dentro del cual se practicó el dictamen.

El juez en estos eventos podía acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare. Es decir un mismo punto podría tener 3 dictámenes periciales, con los consecuentes tiempos de contradicción que los mismos ameritan.

La legislación nacional reacciona en contra de esta oportunidad procesal y es así que la ley 1395 de 2010 deroga el trámite de los procesos declarativos ordinarios y abreviados dejando vigente el trámite del proceso verbal que refiere el artículo 432 del código de procedimiento civil, en donde enfatiza en el numeral 2 literal a, que en dicha audiencia se oirá el dictamen del perito designado, se interrogará bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen, lo que también podrán realizar las partes y se establece que: “.... **En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen.**”

Sobre el punto específico adujo la Corte Constitucional¹⁵² prevaleciéndose de doctrina constitucional de la misma corporación que:

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, establece cómo se controvierte un dictamen pericial. Esta norma hay que aplicarla en este caso, porque el Código no fija reglas particulares para este dictamen.

Pues bien: según el artículo 238, del dictamen se corre traslado, y durante el término respectivo las partes pueden pedir que se **complemente o aclare, u objetarlo por error grave.**

En tratándose del dictamen del artículo 370, el Código dispone que **no es objetable**. Pero, esto no quiere decir que no pueda pedirse su **complementación o aclaración**. Al pedirse la una o la otra, es posible aducir, explícita o implícitamente, motivos de inconformidad con el concepto del experto.

El dictamen, pues, sí está sujeto a contradicción.

Pero, además, el dictamen está sometido, como todos, a la apreciación del tribunal. Apreciación en la cual, según el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, se tendrán en cuenta “la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos, y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”. Es claro que la fuerza del dictamen dependerá de todos estos factores. Y que el tribunal, o el juez en el caso de la casación **per saltum**, también podrá ordenar a los peritos “que aclaren, completen o amplíen el dictamen” (artículo 240 C. de P.C.), si las partes no lo hubieren pedido.

¹⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-124/11 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Respecto a la acusación fundada en la presunta vulneración del derecho de defensa, la Corte hace de nuevo uso de la regla jurisprudencial antes descrita, para concluir que la eliminación de la objeción contra el dictamen pericial es compatible con dicha garantía constitucional, en tanto no impide el uso de otras herramientas previstas en el ordenamiento para la contradicción del dictamen.

En conclusión desde el punto de vista constitucional resulta admisible y no debe causar desgarramiento de vestidura alguna el que se hubiere delimitado por el legislador la objeción por error grave, que por cierto se confunde con discrepancias sobre las conclusiones de la pericia y no del yerro en el objeto estudiado por el experto.

La decisión del legislador de 2012 en nada afecta el derecho de defensa, pues el dictamen que si cumpla las condiciones para que se considere como tal, es el que resultara admisible en el proceso, y de hecho la objeción por error grave se constituye en una talanquera para que el postulado de una pronta y cumplida administración de justicia tenga lugar, pues no se observaba por los objetantes que sus disconformidades fueren serias, lo que solo llevaba a la dilación de las instancias del proceso. Resulta destacable lo dicho por el Consejo de Estado¹⁵³ sobre la objeción que minimiza el Código General del Proceso, adverando:

Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que

¹⁵³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Radicado 2004-02049 consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.

Debe señalarse que la Corte Constitucional en la sentencia C-124 del 1º de marzo de 2011, explicó que si bien el código de procedimiento civil en su artículo 370, determinaba que el dictamen no era objetable, ello no impedía que se pudiera solicitar su complementación o aclaración, con lo cual, explícita o implícitamente, se expresaban motivos de inconformidad con el contenido del peritazgo, con lo cual este, era sujeto a contradicción, adicionó además el fallo citado en relación con el debido proceso, y, concretamente, con el derecho de defensa, que tal posibilidad no restringía el derecho de defensa pues la parte tiene amplias facultades a lo largo del proceso que se le brindan desde la demanda y su contestación, la posibilidad de aportar o practicar pruebas por petición suya, y, finalmente, la solicitud de complementación o aclaración del dictamen.

Al igual, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, también se ha pronunciado acerca del articulado que contenía el código de procedimiento civil, relativo a la imposibilidad de objetar dictámenes periciales, señalando¹⁵⁴:

Los recurrentes, desde luego, son conscientes que de conformidad con el artículo 370, inciso 1º del Código de Procedimiento Civil, el “*dictamen*” al respecto rendido “*no es objetable*”, aunque sí pasible de aclaraciones y complementaciones, pues al respecto nada se cuestiona, pero consideran inconstitucional la restricción, por violar el principio de contradicción de la prueba, con incidencia en el derecho fundamental a un debido proceso, razón por la cual solicitan que sea inaplicada por vía de excepción.

¹⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2007. Ref.: Q-1100102030002007-01083-00 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

3.- Sin embargo, en esa oportunidad, ningún análisis merece el particular, porque el estudio que se concita, precisamente en el aspecto planteado, fue superado por la Corte Constitucional, al declarar exequible la limitación anotada, fundamentalmente, porque la contradicción del dictamen de que se trata, excepcional por lo demás, pues se encuentra anejo a un trámite extraordinario, como lo es el recurso de casación, no necesariamente se agota con su objeción.

Como se explicó en la sentencia citada, las posibilidades para solicitar aclaraciones o complementaciones del dictamen, también son medios para ejercer el derecho de contradicción, toda vez que en esa oportunidad es factible *“aducir, explícita o implícitamente, motivos de inconformidad con el concepto del experto”*...

4.- En ese orden, salta de bulto que respecto del dictamen decretado y practicado para establecer el interés económico en casación, sí hubo la posibilidad de contradicción, al punto que, según se da cuenta en el informativo, la parte demandada, en la oportunidad debida, solicitó aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron superadas.

Descendiendo al Código General del Proceso, se tiene que si bien el legislador dispuso que no es posible objetar por error grave el dictamen pericial, también señaló que se puede solicitar la comparecencia del perito (Que rindió el dictamen) a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones, infiriéndose que con dichas modalidades, puede ser objeto de contradicción el dictamen, debido a que se reitera, la objeción es sólo una de las formas de materializar el derecho de contradicción.

En la sentencia ya citada sobre la contradicción del dictamen también sostuvo la Corte Constitucional¹⁵⁵ que:

12. Como lo ponen de presente algunos de los intervinientes en el presente proceso, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el problema jurídico particular de la eliminación de la etapa procesal para la objeción por error grave del dictamen pericial. Esta es la materia de debate en la sentencia C-684/96 (M.P. Jorge Arango Mejía), la cual analizó la demanda formulada contra el artículo 370 del Código de

¹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-124/11 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Procedimiento Civil, en cuanto prevé la imposibilidad de objetar el dictamen pericial decretado con el fin de calcular el interés económico para recurrir en sede de casación, al considerar que esa restricción vulneraba los artículos 2º, 4º, 13, 85, 228 y 229 de la Constitución. El argumento central de la demanda consistía en que la imposibilidad de objetar el dictamen en el caso planteado, afectaba el derecho de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, puesto que configuraban una barrera a dicho recurso extraordinario.

En este caso, la Corte consideró que la norma era compatible con la Constitución, puesto que si bien el legislador restringía la posibilidad de objetar el dictamen pericial por error grave, ello no impedía que el interesado pudiera solicitar la aclaración o complementación del mismo, en tanto instrumentos aptos para controlar el contenido de la experticia. En este sentido, la Sala hizo uso de la regla jurisprudencial descrita en el fundamento jurídico 8, según la cual no se opone a la Constitución que el legislador, en uso de la amplia potestad de configuración normativa en materia de procedimientos judiciales, limite o incluso elimine etapas del trámite, a condición que con ello no se desvirtúen los distintos componentes del derecho al debido proceso.

Asimismo, una parte puede asumir un estado de controversia frente a los elementos probatorios aportados al plenario, en especial con el dictamen pericial, y lo cierto es que esa posición se materializa (De conformidad con el C.G.P.) a partir del momento en que le reclama al juez la comparecencia del perito a la audiencia, o cuando aporta otro dictamen. Esto por cuanto es indudable que si se cita al perito a la audiencia o se allega otra experticia, es porque no se está de acuerdo con el contenido del dictamen rendido.

Pareciera que esas situaciones son las que mejor reflejan la posición de controversia de una parte respecto del citado medio probatorio, que se sustenta desde la misma petición de comparecencia del perito a la audiencia, siendo por ello pertinente indicar que no sólo se debe hacer la citada solicitud sino que se requiere una sustentación válida para su viabilidad, por cuanto la norma no obliga al Juez a que solo con el petitorio deba convocar al perito a audiencia, es decir, que se itera, la controversia

del dictamen pericial, se cristaliza desde la petición que se cite al perito a audiencia y alcanza su máximo grado en la audiencia.

Precisado lo anterior, cuando la parte asume una actitud plena de controversia frente al peritazgo, sin poder realizar objeciones por error grave, puede lograr el objeto de ello, que no es otro que el de cuestionar y dejar sin valor la experticia, a través de preguntas asertivas e insinuentes que deberá contestar el perito sobre su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen, es decir, que controvertirá los alcances del dictamen en una especie de “testimonio” que rendirá quién realizó la experticia, siendo muy enfáticos en señalar, que lo que primero que debe realizar el perito, será defender su experticia y luego si dar las explicaciones del cómo realizó y los alcances de la misma.

Durante el trámite de la declaración del perito, la parte que cuestiona el dictamen de éste, puede realizarle preguntas insinuentes y aquellas que tiendan a provocarle conceptos para precisiones y aclaraciones de sus percepciones, tipo de preguntas que por regla general no son permitidas y por ende podrían ser objetadas por la contraparte, pero que en el trámite de la declaración de un perito que ha rendido dictamen pericial en el proceso, son admisibles. Es necesario indicar que conforme al Código General del Proceso, las partes puedan objetar preguntas realizadas al experto por causales de exclusión, las que conforme al artículo 202 de la obra citada son aquellas preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, o que no sean claras y precisas, como también las que ya hubieren sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior o que se traten de preguntas inconducentes o manifiestamente superfluas.

La objeción a las preguntas constituye otra herramienta procesal con que cuentan las partes para controvertir la prueba, pues tendrá como efecto que relieves o cuestionar la declaración del perito y por ende su dictamen pericial.

A pesar de lo dicho por el órgano de cierre constitucional, en lo relativo a las objeciones, se tiene que el Código General del Proceso, ha sido claro en señalar que en tratándose de la contradicción del medio probatorio de dictamen pericial “En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción...por error grave” (Art 228), pero una revisión de este nuevo estatuto procesal permite inferir que el mismo contempla todavía otro tipo de objeciones, en materia civil y de familia, que sin ser número *clausus* se pueden evidenciar, como se enuncia:

A. Materia civil.

- El concerniente a la objeción de la estimación de la cuantía del juramento estimatorio que rinde el actor en su demanda (Art. 206);
- Las cuentas rendidas en los procesos de rendición de cuentas (Art. 379);
- Del avalúo presentado por la parte actora en el proceso de expropiación (Núm. 6, Art. 399);
- De entrega de bienes en los procesos ejecutivos de obligaciones de dar y de hacer (Arts. 432 y 433);
- De la objeción sobre el estado de cuenta de la liquidación del crédito y de costas (Art. 446)
- Objeción de la liquidación de sociedades (Art. 530 núm. 4);
- Objeciones de los créditos en la liquidación patrimonial dentro de los procesos de insolvencia de persona natural no comerciante (Arts. 565 a 566);

B. Materia de familia.

- ✧ De las cuentas del albacea, de los inventarios y avalúos, o sobre la inclusión o exclusión de bienes o deudas sociales, en el trámite de la sucesión (Arts. 500 a 502);
- ✧ Objeción de la partición de la herencia (Arts. 509 y 518);
Del inventario por parte del guardador en el proceso de interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta (Art. 586).
- ❖ En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito. En estos casos además se puede solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, debiéndose por supuesto precisar los errores que se estiman presentes en el primer dictamen. (Art 228 Parágrafo).

Es decir, que las objeciones de las experticias, no fueron abolidas completamente en el nuevo estatuto procesal Colombiano, sino lo concerniente a la objeción del dictamen por error grave como regla general pero no pétrea, dada su posibilidad de discusión en asuntos de diversas índoles, como los de naturaleza declarativa, ejecutiva, liquidatoria y de jurisdicción voluntaria, a que hizo mención.

En síntesis, cuando la parte asume una posición de contradicción, de controversia o de objeción, respecto a determinado acto procesal, lo que está haciendo es exteriorizando su oposición al mismo, es decir, que las conductas descritas no son sino una especie de éste, al igual que como ya se mencionó, la objeción hace parte de los elementos que integran la contradicción, siendo claro que esta no siempre será permitida en todos los

medios probatorios, en atención a las restricciones que hace el Código General del Proceso, como por ejemplo a la del dictamen pericial.

Ahora bien, una actitud de controversia siempre será permitida para la práctica de cualquier medio de prueba, debido a que no consentir ello, si sería una clara afectación del derecho de defensa y por ende del debido proceso de la parte contra la cual se dirigen las pretensiones, además de que se considera que la contradicción también debe ser siempre permitida pero con instrumentos claros para su desarrollo, en atención a que si se tiene un derecho de contradicción muy amplio y sin limitaciones, generaría que tanto la práctica de los medios probatorios como cada uno de los actos procesales, tuvieran un término de duración mucho mayor y que alguna de las partes se aprovechen de ello para restarle celeridad y economía procesal al trámite de los procesos.

5. Disposiciones del juez respecto de la prueba pericial en general.

Al tenor del artículo 229 del C.G.P el juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer lo siguiente:

- 1) Adoptar las medidas para facilitar la actividad del perito designado por la parte que lo solicite y ordenar a la otra parte prestar la colaboración para la práctica del dictamen, previniéndola sobre las consecuencias de su renuencia.
- 2) Cuando el juez decrete la prueba de oficio o a petición de amparado por pobre, para designar el perito deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.

Al primer punto resulta valedero citar que conforme al artículo 42 del C.G.P, el juez como director del proceso no solo debe velar por su rápida solución sino el adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización, dilación del proceso y procurar así la mayor economía procesal, en tanto la práctica de la prueba pericial también le asiste a las partes el deber como lo precisa el artículo 78 del C.G.P Núm. 8, de prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias; cuyo desconocimiento puede acarrear la imposición de medidas correccionales de arresto incontable por 15 días a quien impida u obstaculice la práctica de una prueba o diligencia artículo 44 Num.2 C.G.P.

El juez debe ser cuidadoso al imponer este tipo de sanciones para no caer en la arbitrariedad, pero si debe ser exigente en el respeto de la actividad que deba desarrollar no solo el perito judicial que designe sino de aquél en el cual se hubiere anunciado en la demanda la aportación del medio probatorio deprecándose por el peticionario un término adicional para la presentación de la experticia, como lo enseña el artículo 227 del C.G.P, y en lo que se refiere a la solicitud de un término para aportar del dictamen, el cual no puede ser inferior a 10 días.

Casos prácticos constituirían esta modalidad cuando se pretenda aportar un dictamen muy técnico y se requiera además de la inspección de personas, lugares o cosas que requieran el concurso de la parte en contra de quien se pretenda aducir la prueba.

Cuando el juez decreta la prueba pericial de oficio resulta menester atender las disposiciones a que se contrae el artículo 169 del Código General del Proceso en tanto que las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para la declaración de

testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Por su parte el artículo 170 *ibídem* pregona que el juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia y por supuesto que las pruebas decretadas de oficio estarían sujetas a la contradicción, acabando la discusión acerca de si las nuevas pruebas practicadas debían someterse a dialéctica discusión o no que propiciaba la falta de claridad del código de procedimiento civil.

Sobre las facultades oficiosas del juez para evitar como es su deber la desigualdad procesal resulta pertinente el planteamiento del profesor Canosa¹⁵⁶ quien afirma:

Siguiendo el mismo rumbo ideológico del artículo 167 C.G.P, en el artículo 170 C.G.P se reemplaza la expresión “podrán decretarse pruebas de oficio”, por una imperativa: “El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”. Deja de ser una facultad, para convertirse en un deber de averiguación de la verdad para la administración de la justicia y su omisión podrá ser denunciada en casación o mediante la acción de tutela. Se agrega en el C.G.P que “las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes” y se elimina el término adicional para su práctica, porque bastará la fijación de una audiencia para este efecto, si es que ya se encuentra el proceso o el incidente para adoptar la decisión final. Siguiendo las enseñanzas de la Corte Constitucional, para alcanzarla la verdad debe haber comunidad de esfuerzos solidarios, en la medida que encontrarla es presupuesto de la justicia. No se tiene en materia civil y de familia un sistema dispositivo tradicional, ni inquisitivo, sino mixto, donde el juez no es un simple espectador, sino un protagonista activo y dinámico, imparcial en la aplicación del derecho, pero parcializado en la búsqueda

¹⁵⁶ CANOSA SUÁREZ, Ulises. La Prueba en Procesos Orales Civiles y de Familia. C.G.P – LEY 1564 DE 2012. Decreto 1736 de 2012. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2013. P. 86

de la verdad. La facultad de decretar pruebas de oficio se relaciona con la ideología con la que se concibe el proceso civil, ya sea de simple composición de intereses en pugna o como instancia destinada a lograr la vigencia y efectividad del derecho material. Jairo Parra Quijano, compartiendo esta última dirección, enseña: “para que se pueda hablar de justicia de la decisión, esta tiene que basarse en la verdad que el juez debe investigar”

No puede ser caprichosa la designación del perito de parte o de oficio, pues conforme al numeral 2 del artículo 48 del código general del proceso, para la elección de los expertos, las partes y el juez acudirán a instituciones especializadas, públicas o privadas, o a profesionales de reconocida trayectoria e idoneidad. Si ello no acontece el juez no debe admitir que tal medio probatorio se introduzca al proceso. El juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica, puede desestimar el dictamen cuando no existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

Si el juez decreta de oficio un dictamen (Artículo 230 del Código General del Proceso) debe determinar el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y señalar provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciere la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.

El desconocimiento de la orden implicará una sanción consistente en multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido.

Para morigerar una vieja práctica de los peritos cuando fungen como auxiliares de la justicia, junto al dictamen pericial el perito deberá acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado.

Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia a menos que el dictamen se rinda por escrito como en los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa.

Puede ocurrir también que la parte no cuente con los recursos económicos para sufragar un dictamen pericial, en estos casos deberá esta de conformidad con el artículo 151 del CGP manifestar que no se encuentra en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos a través de la institución procesal del amparo de pobreza. La condición de amparado por pobre exime a la parte que se le ha conferido el prestar cauciones procesales, expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, como el tampoco ser condenado en costas. En esta situación corresponderá al juez designar el perito designando preferiblemente a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.

6. Práctica y contradicción del dictamen pericial.

Dispone el artículo 231 del C.G.P que rendido el dictamen permanecerá en secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen.

Con respecto a la contradicción de los dictámenes prestados por servicios de entidades y dependencias oficiales (Artículo 234 del C.G.P) para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas, se someterán a las siguientes reglas:

- El dinero para transporte, viáticos u otros gastos necesarios para la práctica de la prueba deberá ser suministrado a la entidad dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el respectivo director o el juez haya señalado el monto. Cuando el director informe al juez que no fue aportada la suma señalada, se prescindirá de la prueba.
- En los procesos donde hubiere controversias sobre las liquidaciones de créditos de vivienda individual a largo plazo, deberá solicitarse a la Superintendencia Financiera de Colombia que mediante peritación realice la liquidación de los mismos. De igual manera, emitirá concepto en el que se determine si las reliquidaciones de los mencionados créditos fueron realizadas correctamente por los establecimientos de crédito y, cuando hubiera lugar a ello, efectuar la reliquidación, ello tiene su justificación principalmente en los procesos de revisión de contrato o reliquidaciones de créditos en conflictos presentados en el desarrollo de contratos de mutuo para adquisición de vivienda financiadas a largo plazo.

7. Deber de colaboración de las partes.

Siempre se ha insistido por el legislador el deber de colaboración de las partes en la dialéctica procesal, de hecho, la reciente reforma a la ley estatutaria de la administración de justicia contenida en la ley 1285 de 2009 previno:

- ARTÍCULO 14. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente: “Artículo 60 A. *Poderes del juez*. Además de los casos previstos en los artículos anteriores, el Juez podrá sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, a las partes del proceso, o a sus representantes o abogados, en los siguientes eventos:

...

4. Cuando injustificadamente no presten debida colaboración en la práctica de las pruebas y diligencias

PARÁGRAFO. El Juez tendrá poderes procesales para el impulso oficioso de los procesos, cualquiera que sea, y lo adelantará hasta la sentencia si es el caso.

El artículo 233 del Código General del Proceso señala que las partes tienen el deber de colaborar con el perito, de facilitarle los datos, las cosas y el acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra.

Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen y se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales aumentando la sanción monetaria con respecto a la ley 1285 de 2009.

Se debe precisar que la anterior consecuencia no es objetiva, puesto que el juez deberá tener en cuenta las razones que las partes aduzcan para justificar su negativa a facilitar datos, cosas o acceso a los lugares, cuando lo pedido no se relacione con la materia del litigio o cuando la solicitud implique vulneración o amenaza de un derecho propio o de un tercero.

Por lo expuesto, y tomando en cuenta cada uno de los interrogantes formulados al inicio de este capítulo, podría indicarse en conclusión que:

- ❖ Si se aporta un dictamen pericial y la parte frente a la cual se aduce guarda silencio no será necesaria la comparecencia del experto a la audiencia de instrucción, salvo que el juez requiera su presencia.

- ❖ No es obligatorio que se cite al perito de parte a la audiencia, pero dentro de la dinámica oral de las audiencias resulta aconsejable su comparecencia.
- ❖ Si la parte frente a quien se aduce un dictamen pericial guarda silencio y al juez le asisten dudas sobre la idoneidad del experto o contenido del dictamen, podrá citarle oficiosamente a la audiencia instructiva.
- ❖ La parte frente a la cual se aduzca un dictamen pericial podrá si lo considera ejercer su derecho de contradicción presentando otro.
- ❖ El dictamen aportado por las partes tendrá validez solo cuando el experto citado a la audiencia asiste a ésta, de lo contrario el mismo se desechará.
- ❖ El juez al valorar cualquier dictamen pericial debe verificar no solo la idoneidad del experto sino también la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos de acuerdo con las reglas de sana crítica y máximas de la experiencia.
- ❖ En el evento de contradicción de un dictamen de parte el nuevo dictamen deberá precisar los puntos materia de discrepancia con respecto al método y resultados conclusivos del medio probatorio ofrecido y si lo considera adición de temas no propuestos en la pericia y que tengan relevancia con el tema de prueba.
- ❖ Ante la contradicción entre dictámenes periciales corresponderá al juez asumir el que contenga mayor fuerza probatoria el que prevalecerá con respecto al otro o acudir a sus poderes de ordenación

cuando fueren totalmente diversas las conclusiones sobre el objeto de la pericia a través de un dictamen ordenado oficiosamente.

- ❖ La condición de amparado por pobre exime a la parte que se le ha conferido el asumir gastos de la actuación. En esta situación corresponderá al juez designar el perito acudiendo preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad cuando la parte no cuente con las condiciones económicas para sufragar un dictamen pericial.

CAPÍTULO IV

POSTULADOS QUE DEBEN TENER LOS SUJETOS PROCESALES E INTERVINIENTES DENTRO DEL DEBATE CONTROVERSIAL DE LA PRUEBA PERICIAL

INTRODUCCIÓN

Dentro de la práctica de la prueba pericial en audiencia, sea que el dictamen se presente por aportación de una de las partes o que el juez le hubiese ordenado, debe regirse por mínimos fundamentos, lo que constituye como ya se dijo postulados que conllevarán a una adecuada introducción, aportación, admisibilidad y valoración de la experticia por parte del juez.

Si se quiere buscar una decisión racional y convincente en la práctica de los medios probatorios y en especial de la prueba pericial materia de esta investigación han necesariamente de observarse unos postulados mínimos por parte de los sujetos del proceso. Tema que desarrollará este capítulo, el cual busca dar respuesta al objetivo específico Nro. 3 en el entendido de indicar los postulados que tienen los sujetos procesales e intervinientes dentro del debate de la prueba pericial, bajo los lineamientos del Código General del Proceso Colombiano.

1. Postulados del perito.

1.1 Independencia.

Al perito se debe exigir que su conducta profesional se ajuste a estándares de confianza y fiabilidad con respecto a la labor que realiza. Para ello tendrá que entenderse que la acepción independencia significa lo que no está bajo la influencia o control de nadie.

El Código General del Proceso en el artículo 226 refiriéndose al contenido que debe comprender la experticia dispone en el numeral 6 que se debe expresar si el experto ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen. Además, conforme al numeral 7° del artículo citado, en concordancia con el artículo 50 ibídem, debe advertir el experto si previamente hubiere convenido, solicitado o recibido indebidamente retribución de alguna de las partes.

Lo expresado se materializa en la condición subjetiva que debe exigirse del perito en cuanto se aleje de las órdenes o intromisiones de las partes o incluso de la sumisión a éstas, cuando delega de manera impropia la confección de su experticia a terceros por fuera de su control.

Hay que aclarar que la independencia del perito no obsta para que obtenga la colaboración de las partes u otros expertos que resulten necesarias para la realización de su encomienda, debe actuar teniendo cuidado de no dejarse permear por los comentarios del interesado en la prueba.

Por supuesto que resulta entendible que si el dictamen es aportado discrecionalmente por las partes ello genere preocupación, pues el hecho que un trabajo sea encomendado por una parte que lo retribuye puede afectar esa deseada independencia. Esa preocupación futura ya ha sido cuantificada en España donde la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 ya tiene varios años de aplicación. En un estudio presentado por Retana Gorostizagoiza¹⁵⁷ titulado: “El dictamen pericial de parte una década

¹⁵⁷RETANA GOROSTIZAGOIZA David Fernández. El dictamen pericial de parte una década después de la entrada en vigor de la actual ley de enjuiciamiento civil

después de la entrada en vigor de la actual ley de enjuiciamiento civil” se decía que:

Entre las muchas preguntas que se formularon a los encuestados merecen especial atención dos:

(a) Se pide a los jueces, en primer lugar, su opinión sobre el grado de independencia y objetividad con el que hacen su trabajo los peritos de parte. Los términos literales de la pregunta son: «¿Considera que el perito de parte actúa generalmente con el grado necesario de independencia y objetividad?». Un 65% de los encuestados contesta que «casi nunca» o «en pocas ocasiones», mientras que sólo un 35% entiende que «en la mayoría de las ocasiones» o «siempre». Y, en coherencia con ese parecer, el 73% de los jueces reconoce dar sistemáticamente mayor relevancia a las periciales judiciales.

(b) En segundo lugar, se pregunta —ahora no a jueces sino a asesores legales externos y a responsables de asesoría jurídica— si suelen comentar las conclusiones del dictamen pericial con el perito. Se les da a los encuestados la posibilidad de escoger entre tres respuestas. Pues bien, el 58% de los asesores legales externos y el 53% de los responsables de asesoría jurídica manifiestan que «cuando se trata de un informe pericial de parte, trato de que las conclusiones se adecuen a la estrategia procesal».

A la luz de esos resultados y en esta inicial aproximación, podemos advertir que un amplio sector de los operadores jurídicos asume que los peritos de parte tienen de hecho —e incluso deben tener— alguna participación en la estrategia procesal de la parte que los propone. Nótese que decimos esto como una simple constatación de la realidad, sin atribuirle ninguna carga peyorativa. Más bien todo lo contrario: como hemos señalado más arriba, el legislador que reformó la LEC (sustituyendo el sistema basado en la hegemonía de la pericial judicial por otro dual, que colocaba en pie de igualdad la pericial judicial y la pericial de parte) actuó conscientemente [el intenso debate parlamentario sobre la materia da fe de ello] y no es aventurado sostener que estamos donde el legislador quiso que estuviéramos.

Igual preocupación manifiesta el derecho procesal chileno no solo en el objeto y un contenido admisible del dictamen sino de la remuneración particular del experto, como apunta Aguirrezabal¹⁵⁸:

Nuestra jurisprudencia ha ratificado este criterio señalando que de acuerdo a lo establecido en los artículos 411 Nos Iº, 13 N° 2, 414, 419 y 421 del Código de Procedimiento Civil, es de la esencia de la prueba de peritos que en *"la ilustración de las cuestiones que debe resolver el Juez"*, el perito, se refiera y deba ceñirse necesariamente a la "apreciación" de "puntos de hecho" y de aquellas "circunstancias" pertinentes en que se necesiten "conocimientos especiales de una ciencia o arte", siendo precisamente por ello que en la designación de todo perito habrá de estarse al "título profesional" que tuviere o, en su defecto y en su caso, a la "calidad" o "aptitudes" que "deben tener" los referidos peritos en relación al "punto o puntos materia del informe", agregando que *"carecerá de valor en su dictamen todo aquello que escape a la "ciencia o arte" que el perito profese, siendo consiguientemente también ajeno a su natural órbita de competencia todo juicio de valor y con mayor razón toda calificación jurídica que saliéndose de ese ámbito emita el perito al cumplir su encargo"*.

También ha declarado que la existencia del contrato de honorarios en el que se pacta la remuneración del perito de acuerdo con los montos que dictamine el experto en su informe, afecta de modo manifiesto su imparcialidad, por cuanto, y respecto del informe, *"el propio perito ha reconocido que al momento de su confección tenía un interés patrimonial en la resulta de este juicio, elemento que le hace perder la imparcialidad que debe tener al momento de ejecutar la labor que le encomendara el tribunal, sobre todo si se tiene presente que su labor es de auxiliar en la administración de justicia"*.

La prevención que deben de tener las partes y el juez cuando se aduzcan dictámenes de parte en donde se sospeche cualquier intento de desviación con respecto al objeto de la pericia, debe ser objeto de especial atención dentro del contradictorio en audiencia para evitar que en alguna manera se introduzcan medios probatorios amañados al proceso y eso solo

¹⁵⁸

Tomado de: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010. Aguirrezabal Grünstein, Maite. Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19 -Nº 1, 2012 pp. 335-351. Consultado el 14 de febrero de 2015. 10:55 p.m.

se logrará a través de una buena controversia y de una adecuada valoración del medio probatorio por parte del funcionario jurisdiccional.

1.2. Imparcialidad.

La imparcialidad como principio inescindible a la independencia debe entenderse como la ausencia de cualquier interés particular en el resultado del proceso, igualmente como un mecanismo para salvaguardar la integridad del debido proceso y de los demás derechos e intereses de los asociados.

La imparcialidad del perito que actúa de manera neutral, conforme al ordenamiento jurídico y los estándares de la ciencia, va a permitirle al juez que cuando tenga que decidir el conflicto intersubjetivo de intereses, lo haga de manera confiada y fiada al medio probatorio que se le puso de presente, por supuesto acompañado de los otros que resulten necesarios para su decisión.

Si ello es así, resulta indiferente si la experticia se aporta por una de las partes o se designa oficiosamente por el juez, pues independientemente que éste sea contratado por las primeras o designado por el segundo, debe desempeñar su labor su labor con objetividad e imparcialidad.

Para resaltar la relación que existe entre independencia y la imparcialidad se hará referencia a Aguiló¹⁵⁹ quien explica:

Si la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social, la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso. De este modo, la

¹⁵⁹ AGUILÓ Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica, conferencia pronunciada en el Seminario de Argumentación Jurídica que tuvo lugar en México D.F. entre los días 23 y 28 de septiembre de 1996, organizado por el Consejo de la Judicatura Federal y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

imparcialidad podría definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso. De nuevo, el juez imparcial será el juez obediente al Derecho.

En este sentido, es falsa la imagen de la imparcialidad como equidistancia entre las partes. El Derecho no exige al juez equidistancia entre violador y violada, entre acreedor y deudor moroso. El Derecho resuelve conflictos de intereses y realiza valoraciones, y el juez imparcial es él que incorpora los balances de intereses y valores que hace el Derecho, y éstos no siempre se sitúan ni mucho menos en el punto medio.

Las frases citadas si bien corresponden a la figura del juez, estas mismas son replicables con respecto al perito, que si bien no está investido de jurisdicción si se le exigen tales comportamientos éticos.

De cara a la protección de este principio, no puede ser designado el perito por el juez o aportarse dictámenes periciales por las partes, cuando quienes intervengan como tales se encuentren inmersos en alguna de las causales por las que el juez podría ser recusado, las cuales conforme al art 141 del Código General del Proceso son:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.
2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
4. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, curador, consejero o administrador de bienes de cualquiera de las partes.
5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.

7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación.

8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal.

9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.

10. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público.

11. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.

13. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.

14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

El perito dentro de la objetividad de su opinión experta deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Finalmente, en la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad.

Vale la pena destacar que no se entenderá que el perito designado por la parte tiene interés directo o indirecto en el proceso por el solo hecho de recibir una retribución proporcional por la elaboración del dictamen. Sin embargo, se prohíbe pactar cualquier remuneración que penda del resultado del litigio.

1.3. Buena fe.

La jurisprudencia constitucional como se señala en la sentencia C-1194 de 2008¹⁶⁰ ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”; en esa misma providencia dice el órgano de cierre constitucional que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y por tratarse de un postulado constitucional irradia las relaciones jurídicas entre particulares. Como consecuencia de lo anterior la ley también puede establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.

¹⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 3 de diciembre de 2008. Mag. Pon. Rodrigo Escobar Gil

Sobre el principio de la buena fe se desprenden entonces dos deberes:

- a) el *deber genérico* que tienen tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes y las autoridades en el desarrollo de sus funciones que deben sujetarse a los mandatos de la buena fe.
- b) La *presunción* de que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de Buena fe.

Al tenor de los numerales 8° y 9° del artículo 226 del Código General del Proceso, el experto debe declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación e igualmente declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio y de ser positiva tal afirmación, deberá explicar la justificación de la variación.

En estas disposiciones se recogen reglas federales del derecho norteamericano pues dado el concepto de guardián que se le otorga al juez, le corresponde excluir toda disciplina que no estuviere atada a la ciencia. Se recuerda que en el caso Daubert¹⁶¹ ya citado, se adicionaron cuatro factores, no exhaustivos, que los jueces debían considerar al evaluar la admisibilidad de la evidencia científica además de la aceptación general de la Regla Frye. Los cuatro factores son:

¹⁶¹ SUPREME COURT U.S. DAUBERT, et al. v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC. Decided June 28, 1993.

- a. Si una teoría o técnica puede ser o ha sido probada;
- b. Si la teoría o técnica ha sido sujeta a revisión de pares y ha sido publicada;
- c. Si existe un índice de error conocido o potencial; y
- d. Si existen normas que controlen la operación de la técnica.

Primordial resulta la Ley 1673 de 2013 que reglamenta el ejercicio de la actividad avaluadora en Colombia, que en su artículo 8° señala que los avaluadores que realicen avalúos con destino a procesos judiciales o administrativos, o cuando estos vayan a hacer parte de las declaraciones y soportes que las personas y entidades realicen ante cualquier autoridad del Estado, tendrán las mismas obligaciones que los funcionarios públicos y se les aplicará en su totalidad las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, contempladas en la normatividad que regule la materia. Lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil a que hubiere lugar conforme a las leyes colombianas y los requisitos, inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, contempladas en otras normas legales.

Con respecto a la responsabilidad de orden civil de los peritos, es cierto que éstos acostumbraban citar que con ocasión de los conceptos que rindieran no cabría responsabilidad alguna, dejando por sentada una clausula exonerativa que ya la doctrina y jurisprudencia conjuraban desde la óptica de la responsabilidad del profesional.

1.4 moralidad.

No es de recibo que quien rinda una experticia, sea por petición de parte o por orden del juez, rinda su experta opinión sobre personas lugares o cosas sobre las cuales tenga un interés actual o futuro, salvo que ello sea conocido dentro de su informe.

También conforme al artículo 50 del CGP resultan destacables los numerales 7°, 8°, 10° y parágrafo 1° en concordancia con el artículo 50 ibídem, el perito deberá advertir:

- ❖ Si ha sido condenado mediante sentencia ejecutoriada por la comisión de delitos contra la administración de justicia o la Administración Pública o sancionados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o sus Seccionales o si se le ha suspendido o cancelado la matrícula o licencia.
- ❖ Si como auxiliar de la justicia ha realizado a cabalidad la actividad encomendada o ha cumplido con el encargo en el término otorgado.
- ❖ Si hubiere convenido, solicitado o recibido indebidamente retribución de alguna de las partes.

Es de anotar que las personas jurídicas no podrán actuar como peritos por conducto de personas que hayan incurrido en las causales de exclusión ya referidas.

2. Postulados del juez.

2.1. Independencia.

Este principio es de lo más importantes que debe de tener cualquier operador judicial sin importar la legislación en que se encuentre y es una especie de la generalidad del principio de la independencia judicial, debido a que la independencia judicial se predica respecto de la autonomía de que debe de gozar el sistema judicial en relación con los demás sistemas o ramas del poder público, en el caso Colombiano, la legislativa y ejecutiva.

Así las cosas, siendo que la independencia individual del Juez no se puede confundir con la independencia judicial como tal, la primera es la que le permite una cierta libertad o autonomía para tramitar y resolver los asuntos judiciales a su consideración en su función de director del proceso y de administrador de justicia, frente a los demás poderes y entidades del estado.

Así mismo el citado postulado es de tal importancia que en el Estatuto Universal del Juez, aprobado por la Asociación Internacional de Jueces el 17 de noviembre de 1999, en su artículo 1º se dejó consignado que la independencia del juez resulta indispensable para el ejercicio de una justicia imparcial en el respeto de la ley; que la independencia es indivisible y que todas las instituciones y autoridades, nacionales o internacionales, deberán respetarla, protegerla y defenderla.

Por su lado la doctrina a través de Zeitune¹⁶² respecto a la independencia de los Jueces expone:

Para que un juicio sea justo, el juez o tribunal de la causa deben ser independientes. Todos los instrumentos internacionales de derechos humanos se refieren a un juicio justo por un tribunal independiente e imparcial. El Comité de Derechos Humanos adoptó en repetidas ocasiones la opinión de que el derecho a un tribunal independiente e imparcial es “un derecho absoluto que no admite excepciones.

De un mismo modo, resulta ilustrativo las afirmaciones esbozadas por Aguiló¹⁶³ sobre este principio cuando se cuestiona:

¹⁶² ZEITUNE, José. Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales. Tomado de internet: 1 de marzo de 2015. Hora 9:23 p.m. <http://www1.umn.edu/humanrts/research/peru-Principios%20Internacionales%20sobre%20responsabilidad%20de%20Jueces%20y%20%20Fiscales.pdf>.

¹⁶³ AGUILO, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. Tomado de internet: 14 de marzo de 2015. Hora 6:05 p.m. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/independencia-e-imparcialidad-de-los-jueces-y-argumentacin-jurdica-0/006303d8-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>.

¿En qué consiste ese deber de independencia? En obedecer al derecho. O dicho en mejores palabras: la independencia es la peculiar forma de obediencia que el Derecho exige a sus jueces. Como se sabe, los deberes suelen tener su correlativo derecho. En este caso, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho es el correlato del deber de independencia de los jueces. El juez que satisface ese derecho, que juzga desde el Derecho, es el juez independiente.

(...)

Como ya he dicho, el deber de independencia de los jueces tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al Derecho. Pero el principio de independencia protege no sólo la aplicación del Derecho, esto es, el fallo y las razones que se aducen en favor del fallo, sino que además exige al juez que falle por las razones que el derecho le suministra. Nótese que, al amparo del principio de independencia, es común justificar una fuerte limitación del derecho de asociación de los jueces, así como un estricto régimen de incompatibilidades. Todo ello va destinado no tanto a prevenir prevaricaciones cuanto a reforzar la credibilidad de las razones que el juez aduce en favor del fallo. Es decir, que estas razones no pueden ser vistas como meras racionalizaciones de móviles extraños al Derecho.

La Corte Constitucional¹⁶⁴ también se ha manifestado respecto de la relevancia de la independencia del Juez, exponiendo

...la gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y aliviadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. Entre los primeros deben destacarse particularmente el artículo 228, según el cual las decisiones de la administración de justicia son independientes y el 230, que señala que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Y dentro de los segundos, la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8° establece que toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, **independiente e imparcial**... (Negrillas no son del texto original).

¹⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-238 del 1º de abril de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

La cardinal trascendencia de este mandato fue también reconocida por el legislador estatutario, que en el artículo 5° de la Ley 270 de 1996 incluyó como uno de los principios de la administración de justicia la autonomía e independencia de la Rama Judicial, precisando además que en desarrollo del mismo Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

(...)

En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia.

Lo señalado permite entender la importancia que tiene el postulado de la independencia en la actividad judicial. Aunado a lo anterior puede verse claramente como de lo expuesto por Aguiló se encuentra que este centra su idea de independencia del operador jurídico, en el hecho del obedecimiento y sujeción al Derecho, es decir, desde un análisis positivista y sin más cuestionamientos.

Ahora bien, no se desconoce que el Juez tenga una independencia limitada y sujeta a unas reglas, esto para evitar arbitrariedades, pero ello no implica que esa circunstancia lo haga un sujeto inerte e inflexible que aplique la normatividad en su sentido literal, debido a que se considera que en los casos judiciales que se presentan a su consideración, puede hacer uso de su independencia para actuar y tomar decisiones que si bien no están dentro de lo enmarcado por la norma en un sentido estricto, le permiten darle una mayor celeridad y un mejor esclarecimiento de los hechos debatidos. Así mismo la independencia del Juez empieza desde el momento en que conoce la acción y hasta el archivo o terminación de la misma, señalándose con ello que no sólo en el momento de la decisión final es que éste goza de este

atributo, sino también durante toda la actuación, en especial en el decreto y la práctica de los medios de prueba. Esto último en el caso Colombiano se hace evidente cuando el legislador señala que el Juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso (Art. 212, C.G.P.) y que éste limitará la duración de las intervenciones de las partes y de sus apoderados, respetando el derecho a la defensa (Parágrafo 2º, art. 3, Ley 1149 de 2007).

Así las cosas, la independencia de los Jueces en la práctica de los instrumentos de prueba, está contemplada textualmente en la norma, sin que tal circunstancia le impida adoptar otras decisiones en ejercicio de su autonomía, como lo sería en el caso de la prueba pericial cuando convoca al perito a interrogatorio, en atención a que se considera que puede en tal diligencia rechazar o no aceptar algunos de los cuestionamientos de las partes ya sea por su impertinencia, falta de técnica o su repetitividad; además respecto a la convocatoria para interrogatorio, es preciso advertir que es facultativo del Juez decretarla o no si la considera necesaria, observándose con ello que esa situación legal que está contenida en el artículo 228 del C.G.P. le otorga al operador judicial una amplia independencia para resolver lo atinente a la forma de contradicción de la prueba pericial.

El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad. No se puede olvidar que esta misión es la más importante que debe acometer el operador judicial pues de la valoración que se realice del medio probatorio cuando sea pertinente y conducente al caso propuesto, mayor persuasión y

racionalidad de la decisión se tendrá, como deja entrever la profesora Sanjurjo¹⁶⁵ al exponer:

La encomienda a nuestros jueces y tribunales de valorar las pruebas periciales, obviamente, no es una labor sencilla de acometer, como tampoco lo es cuando se trata de hacer lo mismo pero en relación con otros medios probatorios (testifical, interrogatorio de parte, etc.).

No obstante, en el caso de la pericial la complejidad es más elevada respecto a la que corresponde efectuar con relación a otros medios- incluso dentro de la misma prueba pericial, la dificultad no será por igual en todo caso, pues guardará una íntima conexión con el grado de complicación que posea el objeto para el que se reclame el parecer de un perito-. La razón de esto coincide plenamente con la causa que provoca la aparición procesal de los peritos: la carencia del juez de conocimientos sobre cuestiones para las que aquél no está obligado a saber ni recibir preparación, por excluirse del saber jurídico que ha de presuponerse de todo sujeto que ejerza funciones jurisdiccionales. Ello perjudica o convierte en más ardua la función valorativa del juez, pues no serán pocas las ocasiones en las que los peritos recurran frecuentemente al empleo de tecnicismos, manejen para la extracción de sus conclusiones metodologías de difícil seguimiento por quien carece de ciertos saberes científicos, artísticos, técnicos o prácticos, o ejecuten operaciones periciales que para legos en esos campos de conocimiento son de difícil seguimiento o comprensión.

Por ello, lo óptimo, a los efectos de paliar las dificultades anexas a la valoración de la prueba pericial y así los jueces se encuentren en perfectas condiciones para desarrollar dignamente esa función procesal, es que los propios peritos en la elaboración de sus dictámenes periciales- o en sus intervenciones orales durante el juicio o vista- se esforzaran por emplear un lenguaje asequible al común de los ciudadanos, al igual que exponer sus conclusiones o su criterio como perito de una forma clara, sencilla y rigurosa, intentando guardar siempre el debido orden en sus explicaciones. Desde luego, ése sería el comportamiento a esperar de dichos profesionales, pues no deben de perder de vista la razón principal por la que se les trae al proceso: completar el saber de los jueces. De modo que muy lejos estarían del cumplimiento de dicho fin si luego, en sus dictámenes o durante sus intervenciones en el acto del juicio o de la vista, dieran rienda suelta a lo contrario.

...por deseo de nuestro legislador, son libres para valorar la prueba pericial, de manera que esto pasa por aceptar la premisa de que los

¹⁶⁵ SANJURJO RIOS, Eva Isabel. La prueba pericial en el proceso civil: Procedimiento y valoración. Editorial Reuss. Madrid 2013. Pág 254-257

jueces dispongan de plenas facultades para administrar dicha libertad como estimen por conveniente, con la única limitación de que su actuación se haga sujetar a las reglas de la sana crítica- en definitiva, de que resulte justificada la utilización por ellos de los conocimientos no comunes obtenidos privadamente. Por eso, puede decirse que los jueces eruditos en una concreta área de conocimiento no jurídico se hallarán de este modo en una posición privilegiada frente a otros de su misma índole que, sin embargo, carezcan de formación en alguna de las materias para la que los peritos han sido llamados al proceso.

Nos resulta complicado intentar aglutinar, a modo de decálogo, qué aspectos en concreto el juez ha de considerar antes de decidir si otorgar o no eficacia probatoria al dictamen pericial que se halla encima de su mesa de trabajo. La formación de una lista taxativa y cerrada no parece viable, pues la práctica siempre es mucho más rica y compleja y es posible que lo que hoy se limita por ejemplo a la observancia de cinco reglas, mañana, por las razones que sean, deje de ser así.

La doctrina y la jurisprudencia, en cambio, han sido capaces de ir dejando constancia de alguno de los aspectos o extremos que los jueces han de tener en cuenta para la valoración de la prueba pericial. Lo que sí ha de quedar por ahora absolutamente claro es que la labor de nuestros tribunales, como por otro lado advertimos, nunca tendrá que quedarse reducida a realizar un juicio científico, técnico, artístico o práctico de la labor pericial. Es decir, su propósito no se identificará con la puesta en tela de juicio de los conocimientos aportados por los peritos, o mejor dicho, de las afirmaciones científicas vertidas por aquéllos- por ejemplo, que la velocidad a la que circulaba el vehículo A alcanzaba los 140 Km/h-, sino la forma mediante la cual han llegado a las mismas: el cómo y el por qué han alcanzado dichas conclusiones periciales.

2.2. Imparcialidad.

Debe manifestarse que si bien el Juez es el director del proceso y conforme a ello el legislador le ha otorgado poderes para que logre ese cometido, no es menos cierto, que un principio que éste siempre debe tener en cuenta desde el momento en que se le presente un litigio hasta su culminación, y en especial durante el debate de la prueba pericial, es el de la imparcialidad, que permite que su actitud y actuación sea conforme a criterios objetivos, sin influencias, prejuicios o tratos diferenciados por motivos inapropiados.

Señala Soulier¹⁶⁶ al respecto

...el juez imparcial es aquel que no tiene un interés en el resultado del pleito, por lo cual no puede administrar justicia adjudicando potencias e impotencias más allá del interés de las propias partes en litigio. Si así procediese su actuación sería parcial violando los principios procesales de imparcialidad e igualdad, así como reglas técnicas procesales, particularmente la congruencia procesal plasmada en la traba de la Litis.

Ahora bien, no se desconoce que en el trámite de la práctica de la prueba pericial en audiencia, pueda el operador jurídico adoptar actitudes que parecerían favorecer a una de las partes, como por ejemplo realizar preguntas al perito fundamentales y que debió hacer ya sea la parte actora o demandada, darles a los sujetos procesales un mayor tiempo para su intervención en la audiencia e inclusive decretar y practicar pruebas de oficio para darle o quitarle merito a algunas o todas las conclusiones del experto, esto conforme se lo permite el artículo 42 del C.G.P., pero debe señalarse al respecto que al hacer ello, el principio de la imparcialidad no se ve afectado, en atención a que se entiende que esa actuación es propicia para lograr un completo esclarecimiento de los hechos de la demanda y lograr la igualdad real de las partes. Respecto a esta conclusión resulta muy interesante lo expuesto por la profesora Gaitán¹⁶⁷

Respecto a la imparcialidad, esta posición de la doctrina argumenta que el decreto y práctica de las pruebas de oficio, no irrumpen el principio de neutralidad del juez. En el camino de la búsqueda de la verdad, así parezca beneficiar a una de las partes, no significa que se esté faltando al deber de imparcialidad, pues la finalidad de su actuación es encontrar la verdad material, y para llegar a ésta, es necesario, en algunas ocasiones, desligarse del impulso procesal de las partes y dirigir el proceso v.gr. decretando pruebas de oficio.

¹⁶⁶ SOULIER, Alejandro. La Imparcialidad del Juez no es un atributo inherente a su persona sino un desafío cotidiano en su Deber de Procesar y Juzgar. Tomado de internet: Tomado de internet: http://www.institutoderechoprosesal.org/upload/biblio/contenidos/ZX_Soulier_Alejandro.pdf 8 de marzo de 2015. Hora 12:25 p.m. .

¹⁶⁷ GAITAN GUERRERO, Loly Aylú. La prueba de oficio en el proceso civil: ¿Imparcialidad del Juez e igualdad de las partes?. Tomado de internet: 8 de marzo de 2015. Hora 5:20 p.m. https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pr i84.pdf.

La otra posición de la doctrina, que comparto plenamente, puede ser analizada a partir de autores como el doctor Alvarado Velloso, quien hace una importante crítica acerca del sistema, donde el juez es el director del proceso, argumentando que este a su vez no puede convertirse en dictador, pues esto estaría contribuyendo a la pérdida de imparcialidad del funcionario judicial respecto a las partes, e iría en contravía del derecho fundamental al debido proceso.

Respecto a la imparcialidad del Juez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitó a varias entidades pronunciarse sobre ese tópico, lo cual quedó consignado en la opinión consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, solicitada por la república argentina, siendo importante resaltar lo afirmado por la entidad Justicia Global, en el sentido que:

La institución de la imparcialidad judicial [...] es imprescindible para asegurar el respeto al debido proceso legal, entendido como un derecho autónomo e instrumento y garantía de otros derechos [...].

La imparcialidad judicial está compuesta de dos aspectos: la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva. La primera examina las convicciones personales del juez [...] y establece que ningún miembro del tribunal debe presentar actitudes discriminatorias. Se presume la imparcialidad subjetiva en todos los miembros del poder judicial, salvo prueba en contrario. Por otro lado, los tribunales deben parecer imparciales frente a un observador razonable [...] lo que se denomina 'apariencia de justicia' [...], misma que] se justifica en la necesidad de mantener la confianza pública en el justo funcionamiento de las cortes. Esta confianza se considera fundamental para el apoyo de instituciones democráticas que garanticen [...] el orden público.

La jurisprudencia constitucional¹⁶⁸ por su parte ha señalado que la imparcialidad e independencia del operador judicial son objetivos superiores de la administración de justicia, exponiendo sobre la primera que:

¹⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 600 del 10 de agosto de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

...ésta se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.

Dentro de este contexto, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) subjetiva **relacionada** con la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto; y (ii) **objetiva**, esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto. No se pone con ella en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelanta, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue.”

En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado contenido y alcance al concepto de imparcialidad como atributo de la administración de justicia.

(...)

Sobre el alcance y los elementos del concepto de imparcialidad el Tribunal Internacional ha señalado que éste supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice. (...) Así mismo, la Comisión Interamericana ha distinguido al igual que otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos, dos aspectos de la imparcialidad, un aspecto subjetivo y otro objetivo.

Adicionalmente es preciso señalar que sobre la imparcialidad del operador judicial los diferentes Tribunales Internacionales se han pronunciado, siendo pertinente nombrar el Tribunal de Estrasburgo –Corte Europea de Derechos Humanos–, en el caso Piersack contra Bélgica, en donde en la sentencia del 1º de octubre de 1982, se desarrolló el contenido de dicha garantía en los siguientes términos

Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.

(...)

Sin embargo, no es posible reducirse a una apreciación puramente subjetiva. En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (Sentencia Delcourt de 17 enero 1970 (TEDH 1970, 1), serie A núm. 11, pg. 17, ap. 31). Como observó el Tribunal de casación belga en su Sentencia de 21 febrero 1979 (apartado 17, supra), todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. (...) En cualquier caso, importa poco saber si, como cree el Gobierno, el señor Piersack ignoró estos hechos en aquel momento. Como tampoco es necesario tratar de medir la extensión precisa del papel jugado por el señor Van de Walle, realizando otras investigaciones en orden a determinar, por ejemplo, si recibió o no la nota de 4 de febrero de 1977 o si discutió el caso con la señora del Carril y el señor De Nauw. Es suficiente constatar que la imparcialidad del «tribunal» al que incumbía decidir sobre «el fondo de la acusación» podía ser sometida a duda.

El anterior precedente a la fecha todavía tiene vigencia, según se puede extraer de la jurisprudencia de la citada Corte en el caso Gómez De Liaño Y Botella contra España, en la sentencia del 22 de julio de 2008, donde se expresó

El Tribunal recuerda que a los fines del artículo 6 § 1, la imparcialidad debe apreciarse desde un aspecto subjetivo, tratando de determinar la convicción y el comportamiento personales de tal juez en tal ocasión y también desde un aspecto objetivo conducente a asegurar que existen garantías suficientes para excluir toda legítima duda a este respecto. (ver, entre otras, las sentencias Hauschildt c. Dinamarca, antes citada, § 46, y Thomann c. Suiza de 10 de junio de 1996, Repertorio 1996-III, p. 815, § 30).⁶¹ Respecto al primer aspecto, el Tribunal siempre ha considerado que la imparcialidad personal de un magistrado se presume hasta que se pruebe lo contrario (Kyprianou c. Chipre [GC] de 15 de diciembre de 2005, no 73797/01, § 119). Incluso si en ciertos casos puede resultar difícil proporcionar pruebas que permitan volcar la presunción, la exigencia de imparcialidad objetiva, proporciona y conviene recordarlo, una garantía adicional importante. (Pullar c. Reino Unido, sentencia de 10 de junio de 1996, Repertorio 1996-III, p. 793, § 32).

Lo cierto es que el postulado de la imparcialidad es el que cualquier ciudadano del común espera que tenga y aplique el Juez en los casos judiciales que son puestos a su consideración, esto en razón a que no se concibe que un operador de justicia este parcializado a favor de una de las partes enfrentadas, puesto que ello desencadenaría indudablemente un desbalance en contra de uno de los actores del litigio. Lo anterior no obsta para reiterar el uso por parte del Juez de las facultades oficiosas para el decreto y práctica de pruebas, como en el caso de la pericial, conforme lo permiten los artículos 230 y 231 del Código General del Proceso, que señalan que el juez de oficio podrá decretar el mismo y determinar el cuestionario que el perito debe absolver. En ninguna manera la anterior afirmación puede constituirse como una razón para quitarle mérito a su imparcialidad, por cuanto se debe partir de la base de que ello lo hace para lograr un esclarecimiento de los hechos en disputa y de materializar uno de los postulados que deben de regir en el proceso, como lo es la igualdad procesal de las partes.

2.3. Dirección material.

En este orden de ideas, conforme al numeral 1° y 3° del artículo 42 del CGP al juez le corresponde dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal como también prevenir, remediar, sancionar o denunciar, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

2.4. Oralidad.

Con la implementación del Código General del Proceso se busca que el trámite de los procesos judiciales se realice de forma oral y por el sistema de audiencias, en donde indiscutiblemente predomina la oralidad sobre los documentos escritos propios de un sistema escritural. Este postulado es de gran importancia y ayuda en forma determinante al cumplimiento de la administración de justicia en forma rápida y expedita, según lo afirma también Flores¹⁶⁹, quien explica que

...la oralidad se cumplirá si es el titular del órgano jurisdiccional el que, en forma inmediata alterne con las partes, diríamos nosotros sin intermediarios procesales que puedan ser los auténticos contactos con las partes y en cierta forma un testigo que diga al juez lo que ocurrió en las audiencias y diligencias, sin que el juez se percate de lo acontecido, y emita una resolución que pudiera ser injusta.

(...)

...el connotado autor alemán Kisch opina que en el procedimiento oral las partes pueden emplear todos los medios de ataque y defensa, formular peticiones, hacer afirmaciones, oponer las excepciones y aportar las pruebas y contrapruebas que dejaron

¹⁶⁹ FLORES TREJO, Fernando. El principio de oralidad en el proceso. Tomado de internet: 15 de marzo de 2015. Hora 3:30 p.m. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/157/dtr/dtr5.pdf>.

pasar en un periodo anterior, hasta el momento en que el tribunal dictara visto el asunto y en condiciones de ser decidido. Continúa diciendo el autor sobre el sistema de la oralidad que el procedimiento no está sujeto a amarres rígidos, sino que se deja adaptar a las necesidades del caso concreto, las partes observan la diligencia por su propio interés.

Así las cosas, la oralidad de las actuaciones permite que tanto las partes como el juez expongan sus puntos de vista de una forma más ágil y directa, siendo importante resaltar que la oralidad en la práctica de los medios de prueba permite que su contradicción sea más ágil y efectiva, además de que en un sentido estricto lo que este postulado le otorga al demandante, demandado y terceros intervinientes, es la posibilidad de ser escuchados de una forma verbal en la audiencia y de que el Juez y la recepción de los medios de prueba se hagan de una forma oral, con las excepciones del caso; esto último en atención a que en tratándose de dictámenes periciales, lo que imperaría sería que el mismo se aporte por escrito y su contradicción se realice en forma oral a través del interrogatorio que en audiencia absolvería el perito.

2.5 Igualdad real.

La igualdad ha sido quizás el principio más importante que los sujetos procesales esperan se les respete en el trámite de cada una de las etapas del proceso. Esto en atención a que no se concibe un sistema judicial en el que haya una desigualdad en desmedro de una de las partes y en favor de otra, lo que en el caso Colombiano, implicaría estar en contravía del postulado constitucional fundamental consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, que señala que todas las personas son iguales ante la Ley, deben recibir el mismo trato y protección por parte de las autoridades y gozar de los mismos derechos, norma que igualmente le impone al Estado la obligación de hacer efectiva una igualdad real.

En este sentido dentro de los deberes del juez conforme enseña el numeral 2° del artículo 42 del CGP, al juez le corresponde hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que dicho código otorga.

Ahora bien, se debe señalar que el citado postulado de igualdad no implica que en el plano del proceso judicial las partes puedan exigir los mismos derechos, en atención a que el mismo no tiene un carácter absoluto y debe estar en consonancia con otro u otros derechos, como sería el del debido proceso. Al respecto es bueno tener en cuenta lo señalado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica, en decisión del 22 de abril de 1994, exp. 1534-M-94 :

El principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución no tiene un carácter absoluto, pues no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que no se haga diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, por lo que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales. Dicho principio tampoco garantiza, en nombre de la "igualdad", que se deba equiparar al recurrente -o a cualquier otro ciudadano- a aquellos individuos que en el pasado se les haya autorizado readjudicarse propiedades de las que fueron dueños en el pasado. Lo anterior hace que el hecho deba ser analizado en la vía común pues es ahí en donde se puede establecer la igualdad de circunstancias que el recurrente asegura existen en su caso.

En tal sentido, al no ser absoluto el postulado de la igualdad, este no tiene las mismas características y alcances en todas las personas, por lo que es posible en el trámite judicial dar por parte del Juez un trato diferenciado a las mismas, sin que ello implique una afectación a alguna garantía procesal, ni mucho menos a la igualdad, en tal sentido señala Cardona¹⁷⁰

¹⁷⁰ CARDONA JIMENEZ, Jorge Eliecer. Modelo hermenéutico del debido proceso en Colombia. Tomado de internet: 17 de marzo de 2015. Hora 2:20 p.m. <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/14147/12507>.

Sin embargo, la “igualdad no es nunca igualdad en todo” (Sartori, 1994: 182) y en esta medida es posible establecer tratos diferentes en situaciones que ameriten una diferenciación en virtud del deber de promoción y protección de los desfavorecidos, como lo preceptúan los incisos 2º y 3º del artículo en comento, con el fin de establecer una igualdad real y efectiva para ir superando las diferencias existentes en el plano de la realidad.

En esa perspectiva, la igualdad en el plano procesal no puede entenderse en todo su sentido literal, sino que debe ser la que impere y al Juez le corresponde adoptar las medidas para ello, es decir, debe lograr que entre las partes exista una igualdad real y efectiva; esto en atención a que el legislador le ha dado las herramientas necesarias para ello consagradas en el Código General del Proceso, según lo ha explicado el H. Magistrado Tejeiro¹⁷¹ al manifestar

El principio de igualdad real de las partes en el proceso aparece en el artículo 4. Se hace práctico mediante las herramientas de dirección judicial material del proceso (42, numerales 2 y 4, entre otras disposiciones), cuandoquiera que con ellas se pretende que el juzgador la imponga eficazmente para contrarrestar los desequilibrios que ingresan al proceso debido a las diferencias sociales, culturales, económicas, etc., instrumentos que implican el poder y deber de decretar pruebas de oficio y el de distribuir dinámicamente la carga de la prueba, según enseña la disposición 167, la cual, interpretada en conjunto con la parte general señalada, permite advertir cómo el régimen opta por convertir en realidad concreta el ideal igualitario señalado. La prueba oficiosa y la carga dinámica probatoria tienen como fin esencial introducir en el escenario del proceso de manera específica y cierta la igualdad que las circunstancias en muchas ocasiones tornan esquiva, por modo que cuando el juez advierte la posibilidad de desequilibrios procesales puede y debe acudir, si en el caso señalado le es viable, a las descritas opciones (prueba oficiosa y carga dinámica), con la finalidad de proteger los derechos puestos en riesgo como consecuencia de las condiciones disímiles.

¹⁷¹ TEJEIRO DUQUE, Octavio Augusto. Procesos Declarativos en el Código General del Proceso. Bogotá. 2014. Disponible en: http://www.ejrlb.net/CFJICivilLaboral/Etapa8/Regimen/Modulo_Procesos.pdf.

Lo cierto es que lo explicado permite extraer que el postulado de igualdad real le sirve a la parte que está en una desventaja ya sea técnica, de defensa o de otro tipo respecto de determinado acto procesal, para obtener una especie de ayuda por parte del operador jurídico. En el caso de la prueba pericial esto se pone en evidencia cuando el C.G.P. le permite decretar la misma de oficio, que se entiende que lo hará cuando una de las partes debió aportar el dictamen y no lo hizo y ello sea necesario para el esclarecimiento de los hechos del litigio; así mismo se considera que este postulado debe permitirle a la parte más débil económica o técnicamente, ser oída por el Juez, para que con base en ello éste decrete el citado medio probatorio en aras de lograr una verdadera igualdad y al mismo tiempo adopte y despliegue todas las medidas para que el citado medio probatorio tenga los mejores resultados probatorios, entre ellos hacer preguntas al perito que debía hacer una de las partes; esto último por cuanto puede suceder que en la audiencia de interrogatorio al experto, uno de los apoderados judiciales de las partes no comparezca y por ende su poderdante para ese momento se quede sin la defensa técnica adecuada y en consecuencia en una desventaja con su contraparte, la que indiscutiblemente debe ser subsanada por el Director del proceso, sin perjuicio de las decisiones que éste debe adoptar frente al profesional de derecho que no cumplió con su asistencia a la diligencia.

2.6. Debido proceso.

Mucho se ha dicho sobre el contenido y los alcances del debido proceso en el trámite judicial, hasta el punto que la legislación colombiana (Art. 29 Constitución Política) contempla que la prueba obtenida con violación a este postulado es nula de pleno de derecho. Lo cierto es que el dictamen pericial no es ajeno a tal circunstancia, si se tiene en cuenta que para que el mismo tenga plena validez probatoria, aún bajo la vigencia del Código General del

Proceso, se requiere que la parte interesada cumpla con las formalidades legales para el efecto, esto lo explica la Corte Constitucional¹⁷² cuando señala

...si el dictamen pericial fue indebidamente incorporado al proceso y, además, no fue sometido a contradicción dentro de él, carece de mérito probatorio y, por lo mismo, no puede ser valorado judicialmente porque no corresponde a una prueba legalmente practicada. Cosa distinta ocurriría si la prueba es debidamente incorporada, pues en tal evento: i. Si no fue materia de contradicción se estaría ante una prueba sumaria y no ante plena prueba ii. Si no reúne los requisitos propios de una prueba pericial se estará entonces frente a un informe técnico como se verá a continuación.

De tal manera que el principio del debido proceso de cada uno de las partes, entendiéndose para estos efectos sólo el demandante, demandado y terceros intervinientes, se respeta cuando el medio probatorio pericial ha sido incorporado y tramitado en debida forma en cuanto a su contenido y contradicción. Lo anterior toda vez que si no se hiciere ello la parte afectada podría hacer uso de los recursos ordinarios para impugnar el acto procesal y demás herramientas como el incidente de nulidad ante el mismo Juez de instancia o en última ratio de la correspondiente acción de tutela para salvaguardar su derecho; esto último si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional¹⁷³ ha dejado sin efecto dictámenes periciales por violación al debido proceso, en atención a que

...esta prueba en realidad nunca reunió los requisitos propios del dictamen pericial y tampoco los de plena prueba en razón a que:

- No se produjo auto destinado a designar peritos, fijar fecha y hora de posesión de los mismos, tomar juramento de no encontrarse impedido, fijar el término para rendir el dictamen.
- No hubo lugar a la contradicción del dictamen en la medida que este no se practicó con citación de las partes y aunque la empresa

¹⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-274 de 11 de abril de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁷³ Ibídem.

demandada presentó sus objeciones ante esa instancia una vez rendido el informe, éstas no fueron definidas por el juez que practicó la prueba anticipada, como tampoco posteriormente por el juez de la acción de grupo, trámite en el cual se pretendió hacer valer dicho informe...

- El informe practicado por el ingeniero agrónomo parte de la información de pérdidas aportada exclusivamente por los demandantes en calidad de afectados, a las cuales éste aplicó unas tablas de precios de los productos que aquellos declararon perdidos por virtud de las descargas, con lo cual se violó el principio según el cual el contenido de esta prueba no puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º del C.P.C)...

De lo dicho, se considera que en la práctica se debe de tener cuidado especial por parte del Juez al momento de incorporar y tramitar la prueba pericial, debido a que su descuido podría conllevar a una violación del postulado del debido proceso, además de que las partes en ejercicio de esta garantía pueden exigir su derecho a la contradicción del dictamen, que sería por regla general, a través de la solicitud de comparecencia del perito a audiencia para interrogatorio y/o aportando otro, lo que indica que si el operador judicial niega o limita tales facultades estaría indiscutiblemente omitiendo su deber de respeto al debido proceso. En igual sentido se considera que siempre que una de las partes solicite la comparecencia del perito, debe el operador judicial acceder a tal pedimento y no negarlo, esto en atención a que si se otorgara discrecionalidad al respecto, estarían en entre dicho los principios de inmediación y de contradicción real del medio probatorio. Ahora bien, no significa ello que éste no pueda direccionar en debida forma la contradicción que efectúa la parte en audiencia, que sería con el control de la formulación de preguntas que pueden ser asertivas e insinuantes; esto teniendo en cuenta que en el interrogatorio al experto se deben seguir las reglas del testimonio en lo relativo al orden que se debe acatar para formular el cuestionario, además de que no puede el Juez permitir que ninguna de las preguntas atenten contra el derecho fundamental a la dignidad de que debe de gozar el perito en la audiencia.

Igualmente las partes interesadas en ejercicio del debido proceso pueden solicitarle y exigirle al Juez que le sustraiga todo el valor probatorio al dictamen del perito que no asistió (Sin excusa) a la audiencia de interrogatorio, pero en este caso si bien el juzgador debe acceder a tal petición, se considera que puede la parte afectada, que fue a la cual se le dejó sin efecto el dictamen que sustentaba sus pretensiones, solicitar un nuevo dictamen o el Juez de oficio decretarlo, en atención a que no puede el afectado asumir consecuencias negativas probatorias por el hecho omisivo de un tercero, que es el del perito que no comparece a audiencia. Así pues el decreto oficioso estaría sustentado en el hecho de hacer efectivo los derechos a la igualdad y debido proceso, que deben de primar sobre las formalidades legales y permite otorgarles a cada una de las partes la posibilidad de acceder a los instrumentos probatorios necesarios para el sustento de sus aspiraciones.

2.7. Inmediatez.

El principio de la inmediatez se ha convertido quizás en el postulado que más esperan las partes que se cumpla en el trámite del proceso, el cual consiste en el impulso que debe de tener el Juez o el sujeto procesal correspondiente para actuar rápida o inmediatamente en las diligencias conforme a los términos legales correspondientes. Ahora bien, en la práctica este principio implicaría que el Juez cumpla de una manera rápida y eficiente con los términos para decidir las diferentes etapas del proceso, del mismo modo sería para las partes (Demandante, demandado y terceros intervinientes), quienes tendrían el deber de cumplir con sus cargas

procesales en el menor tiempo posible, más sin embargo ello no es así si se tiene en cuenta lo explicado por Beltrán¹⁷⁴ cuando anota:

El mayor problema de aplicación de este Principio es la relatividad con que está planteado cuando está referido al término INMEDIATO, el que de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española en su acepción referida a tiempo, significa “Lo que sucede sin tardar, sin que medie tiempo”, de tal modo que la sucesión de los hechos en el tiempo podría ocurrir sin que medie entre ellos: un segundo, una hora, un día, una semana o un mes? Si se adopta una significación literal los hechos tendrían que ocurrir uno a continuación de otro, sin que medie ni un segundo entre ellos, es decir entre el conocimiento de la falta grave y el inicio del procedimiento...

En ese orden de ideas, la aplicación del postulado de la inmediatez en un sentido literal es de compleja materialización, más sin embargo en el caso Colombiano y en el ámbito del proceso judicial, el mismo se debe acompañar con la legislación existente, encontrándose que si es posible su cumplimiento y debe ser aplicado por todos los intervinientes en las diligencias, además de que si bien es cierto hay determinados actos que las partes deben realizar y el Juez les puede otorgar un término para su cumplimiento, como sería en el caso de aportar un documento, no debe excusarse en ello para afectar la inmediatez del proceso, que se generaría en el instante que concede un término irracional, por lo extenso, para su consecución, al igual que el demandante o demandado pueden ver transgredidos la inmediatez, cuando su contraparte no cumple con lo de su cargo dentro del término correspondiente o adopta conductas dilatorias para el efecto. En el ámbito de la diligencia de práctica de los medios de prueba, y en especial la de la prueba pericial, la inmediatez se debe dar en el plano del interrogatorio de parte que debe de absolver el perito, el cual se considera no debe ser sujeto de interrupciones o de dilataciones de ningún tipo, esto es,

¹⁷⁴ BELTRAN QUIROJA, Jaime. El principio de inmediatez. Lima 2003. Disponible en: <http://www.bysabogados.com/publicaciones/articulo/Principio%20de%20Inmediatez.pdf>.

todos los intervinientes deben de actuar de una forma rápida y clara al momento de formular las preguntas al absolvente, lo cual se logra si los mismos van preparados a la diligencia, además de que no podrían manifestar falta de estudio del dictamen en atención a que antes del interrogatorio debieron haberlo conocido a través del traslado respectivo o de la providencia que lo puso en conocimiento.

2.8. Publicidad.

El principio de la publicidad es quizás el que más se busca que se de en el trámite de los juicios orales, donde una de sus características es que todas las etapas del proceso sean de manera pública, a través de audiencia y no privada como si lo permite el sistema escritural, esto para efecto de consolidar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia, sin que ello implique señalar que en el sistema escrito no se pueda dar pie a la publicidad según lo explica Nieva¹⁷⁵ al exponer

Y con respecto a la publicidad, creo que también ha sido el arrastre del pasado el que ha hecho que se relacione este principio exclusivamente con la oralidad. Un procedimiento escrito, en la actualidad, puede ser tan público, o incluso mucho más, que un procedimiento oral.

Asimismo conforme a la jurisprudencia constitucional la prueba no puede ser practicada de manera secreta u oculta, sino de cara a las partes del proceso y a la sociedad, por lo que en lo que respecta a la etapa de práctica de pruebas esta no podría adelantarse impidiendo el acceso al público a la audiencia (Se exceptúan los casos que determina la Ley) o a espaldas de una de las partes, además de que esto último implicaría

¹⁷⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. Los problemas de la oralidad. Tomado de internet: 22 de marzo de 2015. Hora 5:50 p.m. Disponible en: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1303931237.pdf.

violaciones al debido proceso. Adicionalmente respecto al contenido de la publicidad en el proceso, señala Tamayo¹⁷⁶ que

“En el ámbito procesal, se pueden distinguir dos ámbitos de actuación del principio de publicidad: interno y externo, que a su vez tendrá una doble dimensión: colectiva e individual. Mediante la primera, se aseguraría el derecho de las partes a un proceso justo y con todas las garantías proscribiendo la arbitrariedad en las actuaciones judiciales, encontrando su punto de referencia normativo en el 24.2 CE, y vinculándose igualmente con su derecho de defensa; mientras que la segunda, la publicidad externa, estaría orientada, como una suerte de principio programático, a la posibilidad de que la actuación judicial pudiese ser conocida por terceros ajenos al procedimiento, encontrando su refrendo legal en el art. 1 20 CE. A este respecto, a su presentará una doble impronta: individual, u orientada a garantizar un juicio justo (art. 24 CE), y colectiva, con relación al control de las actuaciones judiciales por parte de la ciudadanía teniendo su principal ámbito de actuación el derecho a la libertad informativa del art. 20 CE.”

De tal manera que el postulado de la publicidad le permitirá a las partes vinculadas al proceso, la oportunidad de que todas las actuaciones del mismo le sean comunicadas ya sea de forma oral en audiencia o a través de las diversas formas de comunicación, y en este mismo sentido serán sus acciones, esto con el fin de garantizar la transparencia de cada una de las etapas procesales, y por ende se considera que con la comparecencia del perito a audiencia para efectos de interrogatorio se exterioriza el principio de publicidad de esa prueba, en atención a que el experto explicará públicamente y de cara a las partes y a la sociedad el porqué de la experticia rendida y de sus conclusiones, y asimismo estas de una forma abierta y sin secretos podrán a través del cuestionario de preguntas, darle o quitarle validez al dictamen rendido, lo cual le servirá al Juez al momento de

¹⁷⁶ TAMAYO CARMONA, Juan A. El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen. 2012. Tomado de internet: 22 de marzo de 2015. Hora 5:37 p.m. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2070-81572013000100015&script=sci_arttext.

3 POSTULADOS DEL DEMANDANTE, DEMANDADO Y TERCEROS INTERVINIENTES

Merece un comentario preliminar el Ministerio Público, sobre el cual indica el art 46 del CGP que puede intervenir en toda clase de procesos, en defensa del ordenamiento jurídico, las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales o colectivos. Como sujeto procesal especial cuenta con amplias facultades, entre ellas la de interponer recursos, emitir conceptos, solicitar nulidades, pedir, aportar y controvertir pruebas de donde no escapa la prueba pericial.

3.1. Buena fe.

El artículo 80 del Código General del Proceso establece que cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes, incluyéndose en esta misma senda a los terceros intervinientes en el proceso o incidente.

Al juez le corresponde conforme a los numerales 3 y 4 del artículo 42 del CGP intervenir, investigar y sancionar la mala fe y el fraude procesal. Disponen las citadas normas:

Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez: ...

3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.

Si bien la buena fe se presume en ciertos casos, se presumirá que ha existido temeridad o mala fe como cuando a sabiendas se aleguen hechos

contrarios a la realidad o se aduzcan calidades inexistentes o se utilice el proceso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. También cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

3.2. Intervención litisconsorcial.

Con respecto a las partes es menester puntualizar que los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso. Ahora bien, al tenor del artículo 61 del CGP, si se cita al proceso a un litisconsorte necesario, el convocado puede solicitar o aportar pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas. Debe tenerse en cuenta que los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos. Algo parecido ocurre con los litisconsortes cuasinecesarios pues éstos pueden solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes claro que si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.

3.3. Interviniente excluyente.

Al interviniente excluyente que en proceso declarativo pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando demanda frente a demandante y demandado, hasta la audiencia inicial, para que en el mismo proceso se le reconozca. Lo anterior implica que puede

hacer solicitudes probatorias y controvertirlas siéndole aplicable los postulados de parte en tanto la prueba pericial.

3.4. Llamamiento en garantía.

En caso de Llamamiento en garantía, si el juez le halla procedente, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial y este podrá contestar en un solo escrito la demanda y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

3.5. Llamamiento del poseedor.

Ahora quien tenga una cosa a nombre de otro y sea demandado como poseedor de ella, el artículo 67 del CGP, ordena que tal demandado deberá expresarlo así en el término de traslado de la demanda, con la indicación del sitio donde pueda ser notificado el poseedor. Si el citado comparece y reconoce que es poseedor, se tendrá como parte en lugar del demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, mediante auto que se notificará por estado, el juez ordenará correr traslado de la demanda al poseedor.

3.6. Terceros.

Con respecto a terceros el CGP estrecha el concepto a los Coadyuvantes y el llamado de oficio (Arts. 71 y 72 del CGP) a diferencia del código de procedimiento civil que extendía tal concepto a las intervenciones adhesivas y litisconsorciales, intervención ad excludendum, denuncia del pleito, llamamiento en garantía, llamamiento ex officio, llamamiento de poseedor o tenedor y sucesión procesal.

En cuanto a la coadyuvancia (art 71 del CGP), quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia. El coadyuvante toma el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio, esta, vale recordar solo es procedente en los procesos declarativos. La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes.

En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión, fraude o cualquier otra situación similar en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, (Llamamiento de oficio) para que hagan valer sus derechos. El citado podrá solicitar pruebas si interviene antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento.

Finalmente en cuanto a los deberes de las partes y sus apoderados estos deben proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales, abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias y prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias.

En conclusión, por lo que respecta a los postulados de los sujetos procesales con relación a la incidencia de la prueba pericial en el Código General del Proceso, estos giran en torno a ciertos principios que deben asumirse por tales sujetos conforme al rol que desempeñen dentro del

proceso. Así, al perito se le exige que actúe con independencia e imparcialidad frente a las partes y conforme a su criterio, desprovisto de subordinación alguna, lo que conlleva a que su trabajo sea de buena fe y la moralidad como se explicó anteladamente.

Para el Juez, se tienen como postulados la independencia e imparcialidad que como al perito le es exigible, más cuando este representa una garantía para las partes en cuanto su conflicto será resuelto conforme al derecho y con justicia. Para lo anterior el Código General del Proceso dota al funcionario de efectivas herramientas para que dirija materialmente el proceso, no solamente garantizando igualdad procesal sino material dentro de la discusión de las pruebas en audiencias concentradas, dado lo predominantemente oral de los procesos, acorde con el proceso debido. Al juez le corresponderá entonces cuando ello se requiera, estar presente en el debate que se cierna sobre la prueba pericial y que se debate públicamente.

Por último para el demandante, demandado, intervinientes y terceros, se exige que actúen dentro del proceso conforme a los postulados de la buena fe es decir, no se aleguen hechos contrarios a la realidad o se aduzcan calidades inexistentes o se utilice el proceso para la ilegalidad.

5. OBJETIVOS

5.1. Objetivo general.

Analizar la incidencia de la prueba pericial en el derecho de contradicción de los sujetos procesales en el proceso civil conforme al Código General del Proceso Colombiano.

5.2. Objetivos específicos.

1. Describir la prueba pericial, como medio de prueba y acto de contradicción en audiencia por parte de los sujetos procesales, conforme al Código General del Proceso.
2. Indicar las formas de contradicción de la prueba pericial dentro del contexto del Código General del Proceso Colombiano.
3. Establecer los postulados que deben tener los sujetos procesales e intervinientes dentro del debate controversial de la prueba pericial.

6. PROPÓSITO

Esta investigación busca precisar y analizar la incidencia de la restricción de la contradicción del dictamen pericial en cuanto a la imposibilidad de su objeción por error grave, beneficiando a la comunidad académica, la judicatura, abogados litigantes y estudiantes de derecho por cuanto brinda herramientas jurídicas que facilitaran el análisis e interpretación de la reforma procesal en el medio probatorio.

7. HIPÓTESIS

Tomando en cuenta que se trata de un tema novedoso y que aún no ha entrado en vigencia, la incidencia de la prueba pericial en el derecho de contradicción de los sujetos procesales en el proceso civil conforme al Código General del Proceso Colombiano es restrictiva; no solo por la inobjetabilidad de la pericia por error grave, situación novísima que se introdujo con la ley 1395 de 2010 en el derecho procesal Colombiano, sino también por las limitaciones que este medio probatorio sufre en lo que atañe a solicitudes presentadas por los sujetos procesales tendientes a aclaraciones, complementaciones o adiciones de los dictámenes periciales, dependiendo si la experticia es aportada por las partes o decretada por el juez.

8. METODOLOGÍA

El diseño metodológico para llevar a cabo esta investigación partió desde los antecedentes legales y jurisprudenciales en Colombia en torno a la oralidad y contradicción del dictamen pericial hasta su implementación en el nuevo Código General del Proceso, tomando referentes de derecho comparado para su análisis.

En este orden de ideas, desde el análisis del precedente se realizará un contraste entre el anterior y nuevo marco legislativo con el fin de evidenciar los ejes problemáticos que se plantearon, como desarrollo de esta investigación.

Así se procedió a describir las formas de contradicción del dictamen pericial en audiencia dentro del contexto del Código General del Proceso Colombiano. El proceso se desplegó desde la programación de metas específicas flexibles, que llevaron a establecer después de identificar cuál era el tema a desarrollar, la recolección de información bibliográfica.

Contando con el sustrato de la investigación, se analizaron estos racionalmente para llegar a exponer desde lo general las conclusiones particulares que arrojaron los resultados investigativos.

A. Tipo de estudio.

Teniendo presente los diferentes tipos de estudios que se podrían llevar a cabo para el desarrollo de un proyecto de investigación, se consideró y se realizó un estudio teórico analítico, en la medida en que se estudiaron teóricamente diversos autores y escuelas con relación al tema objetivo de estudio, para posteriormente analizar la incidencia en la prueba pericial y su

contradicción por parte de los sujetos procesales en el proceso civil conforme al Código General del Proceso Colombiano.

En el estudio se buscó definir las propiedades, describir las características y perfiles importantes del fenómeno sometido a análisis, relacionándolo con una serie de cuestiones y midiendo la información sobre cada una de ellas para describir lo investigado, esto como lo expresan Sampieri et al (2003)¹⁵⁴.

B. Diseño del Plan de Datos.

- **Gestión del dato**

El dato fue gestionado por el grupo investigador, visitando bibliotecas, consultas en internet, bases de datos de páginas jurídicas con que cuenta la universidad y otras universidades de Colombia y la ciudad, e igualmente se contó con el apoyo del director de esta investigación sino con todo el cuerpo docente del departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, quienes no solo dieron apoyo institucional sino también acompañamiento con algunas referencias bibliográficas.

- **Obtención del dato.**

El dato fue obtenido por los investigadores, de diversas fuentes secundarias como: libros, capítulos de libros, artículos, revistas, bases de datos y páginas web de la Corte Constitucional Colombiana y Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

- **Recolección de datos.**

El dato fue recolectado por los investigadores durante el tiempo de desarrollo de la investigación, la cual fue registrada en las fichas bibliográficas, de resumen y de sentencias; entre otras. Las que no sólo se relacionaron sino que se anexan al presente trabajo investigativo. (Se anexan las fichas).

- **Prueba piloto.**

Dado que el tipo de estudio es teórico analítico y es sobre un tema novedoso, en donde no existen trabajos de investigación, por cuanto la norma ni siquiera ha empezado a regir, no fue posible realizar prueba piloto alguna sobre el tema planteado.

C. Plan de Análisis.

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS DE CATEGORIAS	OBSERVACIONES
Analizar la incidencia de la prueba pericial en el derecho de contradicción de los sujetos procesales en el proceso civil conforme al Código General	Fichas : Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2)	ANALIZAR	Gráficas Mapas Cartogramas Tablas

del Proceso Colombiano.	Textual (Anexo 3) Formato análisis de sentencias (Anexo 4)		
Describir la prueba pericial, como medio de prueba y acto de contradicción en audiencia por parte de los sujetos procesales, conforme al Código General del Proceso.	Fichas : Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Formato análisis de sentencias (Anexo 3)	DESCRIBIR	Gráficas Mapas Cartogramas Tablas
Indicar las formas de contradicción de la prueba pericial dentro del contexto del Código General del Proceso Colombiano.	Fichas : Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Formato análisis de sentencias (Anexo 3)	INDICAR	Gráficas Mapas Cartogramas Tablas
Establecer los postulados que	Fichas		

deben tener los sujetos procesales e intervinientes dentro del debate controversial de la prueba pericial.	Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Comentada (Anexo 3) Textual (Anexo 4)	ESTABLECER	Gráficas Mapas Cartogramas Tablas
--	---	-------------------	---

D. Procesamiento de datos.

El dato fue procesado por medio de fichas bibliográficas, de resumen, de análisis de sentencias y análisis de norma, las que se organizaron en carpetas acorde con los objetivos propuestos y la hipótesis, para dar respuesta al problema planteado y lo que llevó a construir el marco teórico de la investigación.

OBJETIVOS E HIPÓTESIS	PROCESAMIENTO
Og	Fichas bibliográficas y formato resumen sentencias
Oe	Fichas bibliográficas y formato resumen sentencias
Oe	Fichas bibliográficas y formato resumen sentencias
HIPÓTESIS	Fichas bibliográficas y formato resumen sentencias

Se seleccionaron cada uno de los diferentes instrumentos sugeridos para la aplicación de la investigación, se procedió a la clasificación de cada uno de ellos, de acuerdo con los objetivos y la hipótesis, los datos obtenidos fueron procesados utilizando soportes lógicos como Word y Excel.

9. RESULTADOS

La prueba pericial con la plena vigencia del Código General del Proceso tendrá cambios desde las exigencias que se requerirán para su aportación al proceso, su discusión y contradicción en audiencia, y en lo que concierne especialmente a su inobjetabilidad por error grave, por lo cual queda diseñada de la siguiente manera:

- La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial para el sustento de sus pretensiones o excepciones, deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas, es decir, que tanto la parte actora como demandada no podrán solicitar en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, que se realice un dictamen pericial durante el trámite del proceso, por lo cual se reforma la posibilidad que tenían las partes de pedir al juez el decreto de ese medio de prueba durante el debate probatorio. Lo anterior no significa que no pueda el Juez oficiosamente decretar una experticia, ello teniendo presente que el nuevo estatuto procesal le impone como deber el de emplear las facultades de decreto de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.
- En cuanto al dictamen aportado por las partes, se encuentra que tal posibilidad es razonable, pues dentro del derecho de probar, a las partes les es permitido aportar pericias realizadas por instituciones o profesionales especializados y someterlas a contradicción, a fin de que el juez disponga de los elementos de convicción que le lleven a proferir una decisión coherente y justa gracias a la valoración que se dé al medio probatorio. Es de anotar que como prueba extraprocesal

resulta admisible la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, con o sin intervención de perito.

- Con respecto a la pericia aportada por la parte, como no se tiene conocimiento de quien se trata, la persona natural o jurídica que opina y pretende introducirse al proceso su concepto por la parte, resulta necesario que se acompañe preliminarmente con el dictamen toda la documentación concerniente a la idoneidad y la experiencia del perito, así como con la información que facilite su localización. En tal orden de ideas, corresponderá entonces al juez citar al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado. La parte que arrima un dictamen pericial debe ser cautelosa en cuanto a que la inasistencia del perito a la audiencia deja sin efectos la experticia.
- el Código General del Proceso en algunos casos exige para que se pueda acceder a la jurisdicción como acontece en ciertos procesos declarativos como los de expropiación, divisorios y servidumbres el que se aporte obligatoriamente dictamen pericial.
- En algunos eventos el aporte de un dictamen pericial no es facultativo sino que se torna obligatorio, dado que el Código General del Proceso dentro de algunas de sus preceptivas exige que para la posibilidad de contradecir o integrar el contradictorio, deba aportarse obligatoriamente dictamen pericial, como acontece en ciertos procesos declarativos especiales como los de expropiación, divisorios y servidumbres. Específicamente en el proceso de

expropiación, resulta obligatorio acompañar un dictamen pericial elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o por una lonja de propiedad raíz, con la contestación de la demanda, si el demandado no estuviere conforme con el avalúo que presentare la entidad expropiante al considerar que hay lugar a indemnización por conceptos no incluidos en él o por un mayor valor, so pena que se rechace de plano la objeción formulada. En el proceso divisorio que regla el artículo 406 y siguientes del Código General del Proceso con la demanda deberá acompañarse un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama. De igual manera un comunero que tenga mejoras en la cosa común deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación, especificándolas debidamente y estimándolas bajo juramento estimatorio y acompañará dictamen pericial sobre su valor. Por último en los procesos sobre servidumbres al tenor del artículo 376 del Código General del Proceso con la demanda se debe acompañar el dictamen sobre la constitución, variación o extinción de la servidumbre.

- La facultad que tendrán las partes de aportar un dictamen pericial, no evita que la parte contra la cual se aduzca la experticia pueda solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas conductas procesales, y respecto de la primera, es decir, la comparecencia del perito a audiencia, En lo relativo a la otra conducta que puede adoptar una parte frente a un dictamen pericial aportado por la otra, es decir, aportar otra experticia, ello lo deberá hacer dentro del término de traslado del escrito aportado como dictamen pericial por una parte, o en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento la parte frente al cual se aduzca podrá aportar otro,

debiendo tener presente que deberá precisar los puntos materia de discrepancia con respecto al método y resultados conclusivos del medio probatorio ofrecido por su adversario y si lo considera adicionará temas no propuestos en la pericia y que tengan relevancia con el tema de prueba, además de que si se presentaren fundadas contradicciones entre los dictámenes periciales aportados por las partes, le corresponderá al Juez asumir el que contenga mayor fuerza probatoria, el que prevalecerá con respecto al otro o acudir a sus poderes de ordenación cuando fueren totalmente diversas las conclusiones sobre el objeto de la pericia a través de un dictamen decretado con las facultades oficiosas.

- Es viable la aclaración, complementación y ampliación del dictamen pericial dentro del contexto del Código General del Proceso a pesar del silencio que sobre el tema guarda este estatuto procesal, para lo cual se deberá tener en cuenta que:

(i). Dentro de la contradicción del dictamen que se rinde en audiencia, y como se desprende del contenido del Artículo 228 del Código General del Proceso, cuando al experto se interroga, sobre el contenido del dictamen, podrá solicitarse la aclaración o complementación de la pericia. Las figuras de aclaración y complementación no tienen cabida cuando la experticia reúne los supuestos de claridad, precisión y detalle, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia desde hace más de 4 décadas.

(ii).En tratándose del dictamen decretado de oficio, el Juez debe determinar un cuestionario específico que debe absolver el experto en la audiencia dejando conocer previamente con una anterioridad, no menor de 10 días a la audiencia las respuestas al cuestionario, esto teniendo en cuenta que los medios probatorios decretados de oficio también deben estar sujetos a la contradicción de las partes, por lo cual estas frente al dictamen oficioso tendrán la posibilidad de interrogar al perito a través de audiencia para lograr entre otros, la complementación y ampliación del dictamen, además podrán solicitar adición al cuestionario que el juez hubiere propuesto, lo que si no les estará permitido es realizar preguntas de talante sugestivo o insinuante como si se reserva para la contraparte en contra de quien se aduce un dictamen, pues tal posibilidad es exclusiva cuando existe convocatoria a audiencia del perito de quien se ha presentado un dictamen de parte.

(iii)La adición del dictamen no es admisible si se trata de aportación de un dictamen de parte, pues para ello la contraparte debe aportar su propio dictamen, cosa diferente será cuando el Juez decreta oficiosamente la experticia en donde previamente debe elaborar un cuestionario al que no habría obstáculo según el derecho a probar que la parte solicite al juez autorice agregar o sumar nuevos cuestionamientos que interesen al proceso, y si este lo encuentra admisible desde la justificación de la necesidad de la prueba que decretó lo permita.

- El Código General del Proceso, no permite expresamente que las partes tengan en la audiencia de convocatoria al perito, un experto que pueda actuar directamente en ella, para que asesore en este evento bien a la contraparte cuando existe un dictamen aportado, o a las partes cuando se trate de un dictamen judicial, para el entendimiento y crítica del interrogatorio del perito, es decir, cualquier intervención y más exactamente la formulación de las preguntas del interrogatorio, deberán ser realizadas por el apoderado judicial más no por su asesor técnico privado si lo tiene, situación que para doctrinantes como Devis es contraria a lo permitido en algunos códigos de procedimiento, como los italianos para lo civil y lo penal y el civil del Brasil.

- No será posible el trámite y aceptación de la objeción por error grave del dictamen pericial. Lo anterior no obsta para que el juez esté atento al cumplimiento del debido proceso para el ejercicio de la contradicción, como lo son: (i) la solicitud de comparecencia del perito (Que rindió el dictamen) a la audiencia (ii) y/o aportar otro, en donde con la primera puede lograr el fin de la objeción, que no sería otro que el de cuestionar y en últimas dejar sin valor la experticia, también a través de la utilización en audiencia de preguntas asertivas e insinuentes que deberá contestar el perito, aunado a valederos ataques al experto sobre su idoneidad e imparcialidad y por supuesto al contenido del dictamen. Finalmente no se puede soslayar la posibilidad en el hipotético caso de que el Juez encuentre que los dictámenes aportados por la(s) parte(s) tengan ese posible “error grave” podrá decretar uno de oficio o quitarle plenos efectos probatorios a estos al momento de decidir la Litis.

- Las objeciones de los dictámenes periciales a pesar de su exclusión normativa, en realidad no fueron expulsadas totalmente del ordenamiento procesal civil, pues persiste en materia civil y de familia, como en algunos casos de naturaleza declarativa, ejecutiva, liquidatoria y de jurisdicción voluntaria.
- Si se aporta un dictamen pericial y la parte frente a la cual se aduce guarda silencio no será necesaria la comparecencia del experto a la audiencia de instrucción, salvo que el juez requiera su presencia, además si la parte frente a quien se aduce un dictamen pericial guarda silencio y al juez le asisten dudas sobre la idoneidad del experto o contenido del dictamen, podrá citarle oficiosamente a la audiencia instructiva.
- Si el dictamen judicial, es ordenado de manera oficiosa por el juzgador, el experto en este caso se convierte en un auxiliar de la justicia, desempeñando un oficio público. El legislador ha dispuesto sin embargo, que tal prerrogativa o deber impuesto al funcionario judicial no escape a la posibilidad de contradicción por los verdaderos protagonistas del proceso que son las partes; como bien lo enseña el artículo 1709 del CGP al disponer que cuando el juez decreta pruebas de oficio éstas serán sometidas o sujetas a la contradicción de las partes.
- Con esta valiosa herramienta (prueba de oficio) puede el juez contrarrestar el mercantilismo de la prueba que previene a muchos detractores en cuanto a la permisividad de la prueba pericial dispuesta por las partes. Es así que el juez para poder asegurar una

correcta y sana administración de justicia en eventos como cuando se hubiere decretado el amparo de pobreza y se requiera de la prueba de expertos pueda recurrir, tal como lo señala el art 154 del CGP en cuanto a que el amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas. En estos eventos el operador judicial, para efectos de designar el perito deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.

- Cuando el juez decreta de oficio el dictamen, no puede ser descuidado o lacónico en la orden que expide pues debe determinar claramente el cuestionario que el perito debe absolver, fijar término para que rinda el dictamen y señalar provisionalmente los honorarios y gastos si resultare admisible que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciere la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable. En este caso no se puede olvidar que el juez también cuenta con poder de distribución de la prueba al decir del art 167 del CGP que preceptúa:

Artículo 167. *Carga de la prueba.* ...No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de **incapacidad en la cual se**

encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.
(Negrillas no originales.)

- Sea que el examen sea aportado por las partes u ordenado de oficio, al juez conforme a las reglas de la sana crítica, le corresponderá valorar la pericia, desechando “la ciencia basura” de la verdadera ciencia para evitar que se tomen decisiones vacías de contenido científico, técnico o artístico. En tal orden de ideas **es** que resultan útiles las reglas del caso Daubert¹⁷⁷ que consisten en que: si los conocimientos científicos pueden someterse a prueba o ya se han sometido a ella; si “la teoría o la técnica se han revisado y publicado”; si la técnica tiene “una conocida o posible tasa de errores”; y si existe una “aceptación general” de la técnica científica.
- Lo anterior en cuanto a que se debe entender que la labor interpretativa y valorativa de la prueba le corresponde a él, pues el experto no puede reemplazar la responsabilidad de resolver el conflicto que le corresponde únicamente al juez quien como se ha expresado en este trabajo de investigación responde a la concepción que los norteamericanos denominan “gatekeeper”.
- El juez al valorar cualquier dictamen pericial debe verificar no solo la idoneidad del experto sino también la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos de acuerdo con las reglas de sana crítica y máximas de la experiencia, pudiendo incluso apartarse de la experticia.

¹⁷⁷ SUPREME COURT U.S.DAUBERT et ux., individually and as guardians ad litem for DAUBERT, et al. v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC. certiorari to the united states court of appeals for the ninth circuit: No. 92–102. Argued March 30, 1993—Decided June 28, 1993.

- Así las cosas, se debe señalar que sea la aportación del dictamen pericial nazca de un querer espontáneo de las partes, de su obligatoriedad en algunos procesos o de la oficiosidad de su decreto hace, ello no exime al director del proceso de su labor de valorar la pericia para resolver el conflicto planteado.

10. CONCLUSIONES

La implementación de la oralidad en los procesos judiciales a través del Código General del Proceso, ha buscado generar una mayor celeridad en el trámite de los mismos a raíz de los estancamientos que se han evidenciado a través del sistema escritural, más sin embargo no se puede desconocer que la oralidad del mencionado estatuto procesal se desarrolla es en el trámite de las audiencias más no en los demás actos procesales, teniendo en cuenta que empezando con demanda, la misma todavía se contempla que será escrita, salvo casos de procesos verbales sumarios; por lo que si se quisiera adoptar una oralidad plena en los procesos judiciales todas las actuaciones debieran ser orales, lo que resulta totalmente cuestionable pues no puede concebirse un proceso totalmente oral dadas las complejidades que algunos asuntos ameritan.

La oralidad, o la posibilidad del aporte de la pericia por los sujetos procesales y la imposibilidad de contradicción de la prueba a través de la objeción grave, por sí solas no van a solucionar los problemas de la administración de justicia, pues los recursos presupuestales asignados por el Estado resultan exiguos ante una mayor demanda de justicia, pero si resultan útiles al estado social de derecho, puesto que democratizan el proceso y permiten desarrollar de manera celera y económica del mismo.

La oralidad entendida como sistema, regla o principio no puede ser apartada de los principios de concentración, inmediación y de publicidad, debido a que precisamente son estos los que deben concurrir ante la implementación de la oralidad en el proceso judicial ya que así se genera una concentración verdadera de la acción jurisdiccional, además una real inmediación del Juez y las partes con los diferentes actos que se llevan en

cabo en la audiencia, en especial con los medios probatorios, los cuales se practican de cara a la sociedad en general, al ser en audiencia pública, donde todos los intervinientes del proceso podrán entender o por lo menos tener una idea de lo que quiere cada parte y debe demostrar para lograr una valoración del juez que le servirá para adoptar decisión del conflicto intersubjetivo de intereses.

Se ha descrito en esta investigación que la prueba pericial es un medio de prueba y que como tal sujeta al acto de contradicción en audiencia por parte de los sujetos procesales, conforme al Código General del Proceso.

El derecho de contradicción es una prerrogativa que garantiza la efectividad de los derechos fundamentales de los sujetos procesales en el trámite del proceso, teniendo en cuenta que el mismo hace efectiva y real la participación activa de los mismos en todas las etapas del pleito judicial, aún en las que no son orales sino escritas, además de que con ello se busca lograr que hagan un adecuado uso de sus derechos dentro del proceso y con ello permitirle al juez una correcta aplicación de las normas procesales y sustantivas para decidir la Litis o decidir las peticiones de las partes, al igual que no puede desconocer que la contradicción en favor del demandado o de una de las partes que integran la parte pasiva de la acción, les da la facultad de adoptar posiciones no solo activas, que sería en el caso de cuando ejecutan actos en pro de su defensa como es la contestación de la demanda, sino también pasivas, que son cuando comparece al proceso sin desplegar ninguna actuación, lo cual en principio implicaría que queda a cargo del demandante la carga de probar los supuestos de hecho y derecho en que finca sus pretensiones, con excepción de cuando el Juez hace uso del postulado normativo de la carga dinámica de la prueba a cargo del accionado para que aporte o solicite determinado medio probatorio.

El derecho de contradicción en principio le corresponde a la parte demandada si se tiene cuenta que a la demandante le corresponde inicialmente el de la acción, ahora bien, una vez integrada la relación jurídica procesal, el derecho de contradicción deja de ser del exclusivo resorte del pasivo y tal derecho se extiende y cobija a todas las partes e intervinientes dentro del proceso, dentro de las oportunidades procesales que señale la normatividad procesal, esto en atención a que tanto el demandante como otros sujetos procesales (Llamado en garantía, Interviniente Ad Excludendum y otros), podrán en un momento determinado ser también sujetos del derecho de contradicción, no siendo por ello este derecho una prerrogativa exclusiva del accionado, además de que debe destacarse que en el campo probatorio, la contradicción junto con el principio de la inmediación son los que otorgan dinamismo a la formación de los medios de prueba y su posterior valoración para la resolución del litigio por parte del Juez en el trámite de los juicios orales. Es de resaltar que el derecho de contradicción, no busca establecer verdades dentro del dialéctico debate de las audiencias en el juicio, pues no puede perderse de vista que el ejercicio de la contradicción en algunas ocasiones se nutre de visiones sesgadas de la parte que controvierte lo que es válido y admisible dentro del proceso, dado que la labor del contradictor será cuestionar total o parcialmente las opiniones que le desfavorecen, sacando beneficio de su actividad ejerciendo para tal caso su derecho a que el dictamen sea aclarado o complementado.

La prueba pericial tiene el mismo alcance que el objeto de la prueba en general, dado que puede ser objeto de prueba por medio de dictamen de peritos los hechos controvertidos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, salvo que gocen de notoriedad absoluta y general, el derecho extranjero, la costumbre y las máximas de la experiencia, más sin embargo en la recepción de esta prueba debe el Juez como Director del proceso propender por lograr que la misma tenga un

contenido neutral y alejada del querer individual de las partes, debido a que no realizar ello generaría indiscutiblemente que el medio probatorio este influenciado en pro de una de las partes y de sus pretensiones y en desmedro de la otra, por lo cual, en tratándose de procesos judiciales que la prueba pericial sea el medio determinador de la viabilidad o no de las peticiones del litigio, deberá el sentenciador decretar una experticia de oficio, en atención a que los aportados por las partes carecen de una verdadera neutralidad y objetividad, esto por cuanto es apenas obvio que un demandante o demandado no va a aportar un dictamen pericial que lo perjudique o que no le ayude a salir adelante en su defensa.

La prueba pericial en el Código General del Proceso es el medio probatorio que en lo que respecta a su contradicción, adoptó formas precisas y concisas para ello, hasta el punto que determinó por regla general la inviabilidad de objetarlo por error grave, lo cual no afecta el derecho de defensa de las partes, pues ese tipo de objeción había sido establecida como un medio de contradicción más no el único, además de que la practica judicial permitió determinar que la objeción por error grave se constituyó en una talanquera para que el postulado de una pronta y cumplida administración de justicia tenga lugar, pues no se observaba por los objetantes que sus disconformidades fueren serias, lo que solo llevaba a la dilación de las instancias del proceso, además, el objeto de la objeción citada, que era el de cuestionar y dejar sin valor la experticia, se puede lograr solicitando la comparecencia del perito a interrogatorio, donde a través preguntas se podrá controvertir los alcances del dictamen que rindió.

La contradicción del dictamen pericial bajo la égida del Código General del Proceso ha generado que algunas personas piensen que se está limitando la forma de contradecir el mismo al permitirse que este sea allegado por las partes, en atención a que de esta manera no hubo ningún

control sobre la forma y móviles como se realizó el mismo, y si bien esto último es cierto, no por esa circunstancia se puede señalar que esos dictámenes no puedan ser objeto de contradicción, en atención a que como bien lo señala el citado estatuto procesal, la parte contra la cual se aduzca la experticia puede solicitar la comparecencia del perito a audiencia, aportar otro dictamen o realizar ambas actuaciones, es decir, se le brindan medios de contradicción suficientes para cuestionar la experticia que ha presentado la otra parte, siendo la comparecencia del perito a audiencia para interrogatorio el más eficaz para el efecto y lo que debe imperar en los juicios orales, debido a que de esta manera defenderá y justificará el dictamen que realizó, además de que en esta audiencia podrá aclararlo o adicionarlo si a bien lo tiene el Juez para lograr una mayor precisión, claridad y contundencia de la experticia allegada.

En los procesos judiciales que se adelantan en los países Iberoamericanos no es muy común que en lo que respecta al dictamen pericial, este sea aportado por las partes como si ocurre en Estados Unidos de América, España, y próximamente en Colombia de conformidad con lo establecido en el Código General del Proceso, pero lo notorio es que aun siendo allegado por las partes, en el caso Colombiano, el mismo puede ser objeto de contradicción a través del interrogatorio al perito en audiencia por parte de los sujetos procesales y del Juez, que es la forma más eficaz e inmediata de valorar el mismo.

En cuanto a los postulados que deben tener los sujetos procesales e intervinientes dentro del debate controversial de la prueba pericial en el decreto y la práctica de la prueba pericial, debe dársele importancia a los requerimientos que deben exigírsele al perito al momento de rendir y justificar su experticia, como son: independencia, imparcialidad, buena fe y moralidad, esto teniendo en cuenta que estos permiten imprimirle al medio

probatorio un carácter de neutralidad, además de que la experticia que tendría las citadas cualidades sólo sería la practicada en el trámite del proceso.

En cuanto a la imparcialidad del experto el artículo 235 exige que éste desempeñe su labor de manera objetiva, observando la parte que pretenda aportar dictámenes o el juez cuando deba designar perito, que la pericia no se rinda por personas en quienes concurra alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces, exigiéndose que quien brinde su opinión experta tenga presente tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, lo que no permite que se tengan suspicacia sobre tal “deber ser”.

En el debate del dictamen pericial tanto el Juez como los sujetos procesales deben de hacer uso y procurar que se cumplan todos los postulados procesales en especial los de oralidad, debido proceso, igualdad e imparcialidad, debido a que de nada servirían los cambios que introdujo el Código General del Proceso si estos no se adoptan en el trámite de la experticia, además las facultades oficiosas que se le entregan al operador judicial servirán indiscutiblemente para que este pueda equiparar las cargas probatorias entre los sujetos procesales que materialmente están en desigualdad, al igual para que haga un examen exhaustivo sobre el valor que le debe dar al dictamen al momento de decidir la Litis y procurar siempre que el mismo tenga una adecuada y activa contradicción, para así evitar que los dictámenes aportados por las partes no se queden solo en el acto de aportación del mismo al proceso.

11. RECOMENDACIONES

Una vez finalizado este informe final acerca de la incidencia de la prueba pericial en el derecho de contradicción de los sujetos procesales en el proceso civil conforme al Código General del Proceso Colombiano y del análisis en conjunto de los resultados de la investigación, se ofrece a la comunidad académica y especialmente a quienes se ocupan del proceso civil bien como operadores judiciales o litigantes y por supuesto a los estudiantes de Derecho, un material fruto de investigación acerca de tan importante y casi vital medio probatorio de uso cada vez más frecuente en los estrados judiciales.

11.1. Para el legislador.

Se recomienda al legislador ordene que a través de la Defensoría del Pueblo, Instituto de Medicina Legal o instituciones similares se practiquen a cargo y costa de estas entidades dictámenes periciales cuando alguna de las partes no se encuentre con la capacidad económica suficiente para asumir su costo. Sin embargo, para evitar su abuso debe regularse con mayor severidad la figura del amparo de pobreza.

Otra alternativa es que se solicite en la demanda o contestación que se designe perito así no exista lista de auxiliares de la justicia, cuando la parte manifieste que no tiene los recursos para sufragar tales gastos, extensible a cualquier clase de proceso.

La parte en el acto de la audiencia, así ya doctrinariamente se entienda, puede valerse de expertos que le asesoren en la discusión y contradicción del dictamen, ello si a través del apoderado. Esta claridad debe hacerse

normativamente para evitar discusiones y debates en las audiencias por interpretaciones que atenten contra la seguridad jurídica.

11.2. Para la rama judicial.

Se debe insistir en los planes de formación en dotar a empleados y jueces de herramientas que faciliten no solo el conocimiento teórico o sustancial para el decreto de una prueba pericial o su admisión en el juicio, sino desarrollar destrezas a través de seminarios-talleres que involucren a expertos en diferentes áreas como evaluadores, médicos ingenieros, psicólogos, grafólogos, artistas, entre otros; para que determinen el tema que se les debe proponer cuando se les utiliza como perito de parte o judicial.

11.3 Para los funcionarios judiciales.

Si el juez encuentra que la opinión plasmada en el dictamen presentado está adecuadamente fundamentada, es coherente y exhaustiva concluirá que la parte confirmó su afirmación o accederá a su pretensión; si llega a la conclusión contraria deberá rechazarla en aplicación de la regla de la carga de la prueba.

El juez debe ser asertivo en el sentido de informar al perito que debe ser cuidadoso al referirse en específico a lo que se le pregunte alejándose del circunloquio o discursos demagógicos.

A las partes y peritos debe advertírseles el trato decoroso y respetuoso que debe tenerse en el desarrollo de la prueba, evitando situaciones que generen discusiones o agresiones inadmisibles en audiencia.

Si bien la incomparecencia del perito a la audiencia dejará al dictamen presentado sin valor; el juez al examinar la situación, siempre que resulte imperiosa y necesaria tal probanza, debe recurrir a sus facultades oficiosas

decretando uno, el que se someterá a discusión posteriormente en audiencia.

Si existe dentro del proceso la condición de amparado por pobre de una parte, a esta se le exime asumir gastos de la actuación, debiendo en estos casos el juez designar el perito, acudiendo preferiblemente a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad, ello busca lograr un equilibrio probatorio y real entre los enfrentados, además de que ello le servirá para verificar los hechos alegados por las partes en debida forma.

El juez debe ser consciente que no se afectará su imparcialidad cuando para lograr el esclarecimiento de los hechos en disputa y materializar la igualdad procesal de las partes decreta prueba pericial de oficio, sea porque no existe el medio probatorio o el ofrecido en audiencia no resulta coherente, preciso ni conciso.

11.4. Para los peritos.

El experto debe rendir su dictamen objetivamente pese a que hubiere convenido honorarios con quien solicitó su opinión y debe abstenerse de pactar cláusulas de éxito como retribución por el encargo realizado.

Para garantizar la imparcialidad del perito se recomienda que este revise las causales de recusación atribuibles al juez y que es el quien dirige la pericia y no quien se la ha encomendado teniendo en cuenta con recelo sus comentarios.

Es deber del perito informar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado

en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias, ello para garantizar la buena fe.

A la audiencia el perito tiene derecho y debe llevar para su consulta, previa autorización del juez, documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar su pericia y aclarar sus respuestas. Como quiera que para apoyar su opinión los peritos se han valido en algunas ocasiones de pruebas que fundamentan su criterio, por ello deben siempre estar dispuestos a ponerlas de presente tanto al juez como a las partes.

El perito debe entender que él es el experto en la materia y no los jueces y partes, por lo tanto debe utilizar un lenguaje fácil de entender y exponer sus resultados con claridad y coherencia.

11.5 Para las partes.

Dentro del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, sin duda se encuentra el denominado “Derecho a Probar”, que consiste en el derecho fundamental que tiene toda persona a que se permitan aportar al proceso medios probatorios por su iniciativa, el que sean admitidos y puedan ser también controvertidos los ofrecidos por otros sujetos del proceso para que sean valorados por el legislador.

El dictamen pericial aportado por la parte en principio ayuda a confirmar las afirmaciones que realiza quien pretende valerse de él, pues no resulta lógico que se aporte un dictamen en contravía a las afirmaciones del sujeto procesal que lo arrime.

El dictamen pericial aportado por la parte debe estar fundado, ser coherente y explicativo del método que lleva, a expresar unas conclusiones por el experto, lo que conlleva suma responsabilidad del profesional del derecho no solo en la confianza que necesariamente le deba brindar el

experto, sino también en la experiencia profesional, objetividad e imparcialidad pues fallas en estos controles pueden llevar al traste sus pretensiones u oposiciones en el juicio.

Las partes interrogarán al experto bajo juramento acerca de su idoneidad, sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. Se recomienda por auscultar al experto acerca de ¿quién es? ¿Por qué se encuentra en la audiencia? ¿Por qué debe confiarse en su experticia? Esta misma obligación le es atribuible al Juez.

La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio, es el conocido directo y redirecto en materia penal. Es admisible en este evento valerse de argumentos sustentados en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

Si en la exposición el perito utiliza términos técnicos o científicos de alguna complejidad o especificidad, debe procurarse que el experto los explique en términos comprensibles a la audiencia. Esto no significa que tanto quien presente el dictamen o lo parte contra quien se aduzca no estén familiarizados con los hechos que se pretenden demostrar ni con la técnica pericial.

Si se contrata un experto se debe ser claro con este en el sentido que su labor no se limitará a su informe preliminar, ya que debe asistir a la audiencia; dado que si éste no asiste, salvo por fuerza mayor o caso fortuito y por una vez, el dictamen no tendrá valor.

11.6. Terceros.

Con respecto a terceros el Código General del Proceso restringe esta acepción a los coadyuvantes y a quien es llamado de oficio.

Si el coadyuvante toma el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención puede si resulta oportuno aportar dictámenes periciales para que sean sometidos a contradicción, siempre y cuando no estén en oposición a la parte que pretende cooperar y a partir de este momento se le reconocerán posibilidades de actuación conforme se tratara de una parte, en este caso a la que coadyuva.

Por otra parte y si fuera que el juez advirtió colusión, fraude o cualquier otra situación similar en el proceso en cualquier instancia realizara el llamamiento de oficio y si este se realiza antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento el llamado no solo podrá solicitar pruebas sino aportar dictámenes periciales o controvertir los arrimados al proceso.

Con base a lo expuesto, es este un medio de prueba que ha sufrido modificaciones y que en nuestro país debemos estar preparados para hacerle frente, pues en muchos casos la decisión final en el proceso, dependerá del decreto, práctica, contradicción y valoración de la misma; y a pesar de que el Código General del Proceso ha adquirido vigencia en algunas de sus normativas, se requiere de un claro entendimiento de otras como es la prueba pericial, para cuando de su aplicación se trate.

12. ÉTICA

Como estudiantes de la Maestría en Derecho Procesal se respetaron los derechos a la propiedad intelectual en lo atinente a derechos de autor y conexos.

13. BIBLIOGRAFÍA

14.1. Doctrina

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Garantismo Procesal versus prueba Judicial Oficiosa. Editorial Juris. Rosario. 2006

ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I-Parte General, Ediar Soc. Anon Editores. Buenos Aires, 1956

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2006.

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Probatorio, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1998

BARBEIRO, Sergio J. et al. Principios Procesales. Tomo II. Lineamientos de los principios de Inmediación y Mediación. 1 ED. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2011.

BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte. Editorial Net Educativa Editorial. 1º Edición. Bogotá. 2012

CALAMANDREI, P. Proceso y Democracia, Traducción de Fix Zamudio, Buenos Aires, Argentina, 1960

CANOSA SUÁREZ, Ulises. La Prueba en Procesos Orales Civiles y de Familia. CGP – LEY 1564 DE 2012. Decreto 1736 de 2012. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2013

CAPPELLETTI, Mauro. Oralidad y Pruebas en el Proceso Civil. Ejea. Buenos Aires. 1972

DE SANTO Víctor. La prueba pericial. Editorial Universidad. Segunda Ed. Buenos Aires 2005.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I- Teoría General del Proceso, 1ª edición, Editorial U.C.C. Bogotá-Colombia, 2010

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Aguilar. Madrid. 1966

DEVIS ECHANDIA, Hernando - Compendio de Derecho procesal- Pruebas Judiciales. Tomo II Víctor PÁG. de Zabalía. Buenos Aires.1970

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Teoría General del Derecho Procesal. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1992

FERRER BELTRAN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons. Madrid. 2007

FONT SERRA, Eduardo. El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil. Madrid. Editorial La ley. 2000.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Editores Dupré. Bogotá 2005.

PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. El papel del juez con relación a la prueba científica en el proceso. Capítulo XII. Derecho Probatorio

contemporáneo Prueba Científica y Técnicas Forenses. Editorial Universidad de Medellín. 1 Edición. Medellín. 2012.

PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. Antecedentes del Código General del Proceso: Reflexiones. "Temas Procesales Número 28. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2013.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 16 ed. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2007.

PÉREZ VÁSQUEZ, Rodolfo. La prueba pericial de parte en el proceso civil en: XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Editorial Universidad Libre. Bogotá. 2008.

RIVERO GARCÍA, D. y PÉREZ PÉREZ, P. El juicio oral, Ediciones ONBC, Ciudad de La Habana, Cuba. 2000

POPPER KARL R. La lógica de la investigación científica. Tecno Madrid. 1980.

RAMÍREZ CARVAJAL Diana María. Algunas apreciaciones sobre el derecho probatorio contemporáneo. Capítulo II. Derecho Probatorio contemporáneo Prueba Científica y Técnicas Forenses. Editorial Universidad de Medellín. 1 Edición. Medellín 2012.

RICO PUERTA, Luis A. Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Leyer. Bogotá. 2013.

SAMPIERI HERNÁNDEZ Roberto, Collado Fernández Carlos y Lucio Batista Pilar. Metodología de la Investigación. Mc Graw- Hill Interamericana. M

SANJURJO RIOS, Eva Isabel. La prueba pericial en el proceso civil: Procedimiento y valoración. Editorial Reuss. Madrid 2013.

TARUFFO, Michele. La prueba. Artículos y conferencias. Editorial Metropolitana. Santiago. 2009.

TARUFFO, Michele. (2005) La prueba de los hechos. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán (2º ed.). Editorial Trotta. Madrid. 2005

TEJEIRO DUQUE, Octavio. Juez Director Del Proceso Civil. Documento de trabajo. Módulo de aprendizaje auto dirigido. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA. Manual de Derecho Procesal Civil. 1ª edición, Editorial U.C.C. Bogotá, 2010.

14.2. Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 892 de 10 de noviembre de 1999
M.P. Alfredo Beltrán Sierra

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 830 de 8 de octubre de 2002
M.P. Jaime Araujo Rentería

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-798 de 16 de septiembre de 2003.M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005. M.P.
Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-417 de 30 de abril de 2008 M.P.
Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de C-713 de 15 de julio de 2008. M.
P. Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 124 del 01 de marzo de 2011.
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 371 de 11 de mayo de 2011 M.P.
Luis Ernesto Vargas Silva

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 274 de 11 de abril de 2012 M.P.
Juan Carlos Henao Pérez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 10
de abril de 2012. Ref.: 5000131030012003-03026-01 M.P. Fernando Giraldo
Gutiérrez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31
de agosto de 2011 Ref.: 27001-3103-001-1994-04982-01 M.P. Arturo Solarte
Rodríguez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de
septiembre de 2013. Ref.: 11001-02-03-000-2010-00906-00 M.P. Ariel
Salazar Ramírez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 6 de agosto de 2009 Ref.: Exp. No. 08001-3103-003-2001-00198-01 Mag.Pon. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2011. Proceso 32996

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2007. Ref.: Q-1100102030002007-01083-00 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Radicado 2004-02049 C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

SUPREME COURT U.S. DAUBERT, et al. v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC. Decided June 28, 1993.

14.3. Documentos

AGUILÓ Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica, conferencia pronunciada en el Seminario de Argumentación Jurídica que tuvo lugar en México D.F. entre los días 23 y 28 de septiembre de 1996, organizado por el Consejo de la Judicatura Federal y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso, Universidad de los Andes-Chile, Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, 2011. Tomado de internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200009 Hora 8 de noviembre de 2013 Hora 8:00 a.m.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19 -N° 1, 2012 pp. 335-351. Consultado el 14 de febrero de 2015. 10:55 p.m. Tomado de: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010. 8 de noviembre de 2014 Hora 8:00 a.m.

ALFARO LARA, Roberto Carlos. La prueba pericial judicial en el proceso civil y mercantil. San Salvador. Noviembre 2011 Tomado de internet http://ri.ues.edu.sv/1764/1/La_Prueba_Pericial_Judicial_en_el_Proceso_Civil_y_Mercantil_.pdf Hora 8 de noviembre de 2013 Hora 8:00 a.m.

AMRANI-MEKKI, Soraya. El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil. consultado en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/6tecme.pdf> abril 3 de 2013 hora: 8:00 p.m.

ARNOLD, Erick. The recent evolution of expert evidence in selected common law jurisdictions around the world, A commissioned study for the Canadian Institute of Chartered Business Valuators, enero 23 de 2013 Tomado de internet: <https://cicbv.ca/wPág.../2012-CICBV-Research-Paper-CVPL-FINAL.pdf> Hora 8 de noviembre de 2013 Hora 8:00 a.m.

BEJARANO, Ramiro. De los Nuevos Procesos Declarativos en el Código General del Proceso. Ponencia presentada en el XXXIII Congreso de Derecho Procesal Cartagena 2013.

CAJAL ALONSO, GABRIEL et al. La prueba en el proceso penal. Valencia. 2000. Tomado de internet: <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro103/lib103-10b.pdf> 6 de mayo de 2013 Hora 10:00 a.m.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis. La prueba pericial en los procesos judiciales, Diciembre 2011, p. 8-9. Tomado de internet <http://iurepost.blogspot.com/2014/05/la-prueba-pericial.html> 6 de agosto de 2013 9: 00 p.m

ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. La oposición a los medios probatorios en el proceso civil. Tomado de: <http://blog.pucp.edu.pe/item/75160/la-oposicion-a-los-medios-probatorios-en-el-proceso-civil> Consultado el 17 de febrero de 2015. 9:08 p.m.

FARÍAS JUÁREZ, José Alexy. Control y Contradicción del medio de prueba de informes en el Código de Procedimiento Civil Venezolano, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Vol. V, No. 2 Julio-Diciembre 2011 Tomado de internet: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1275218370026> de mayo de 2013 Hora 10:00 a.m.

FERNANDEZ ROMO, Rodolfo Máximo. El principio de contradicción en la jurisdicción ordinaria de los tribunales provinciales en Cuba, Ciudad de la Habana, Cuba, Editorial Universitaria, 2008. Tomado de internet:

<http://revistas.mes.edu.cu/greenstone/collect/repo/import/repo/20080828/9789591607928.pdf> 8 de agosto de 2013 Hora 3:00 p.m.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ PEDRO M. La Oralidad en La Prueba Pericial: El Régimen de Intervención del Perito en Juicio a la Luz de la Doctrina de las Audiencias. Las recoge DE LA RUA, F., "La oralidad en el proceso", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, núm. 39, 1999 Tomado de internet: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp5gar.pdf> Septiembre 18 de 2013 hora: 6:00 p.m.

GILARDI, Marcela. La Prueba pericial en el proceso penal de la provincia de Buenos Aires. Buenos Aires-Argentina, 2007.tomado de internet <http://www.scba.gov.ar/pericial/capacitacion/La%20prueba%20pericial%20en%20el%20proceso%20penal%20de%20la%20provincia%20de%20Buenos%20Aires.pdf?opcion=general>

GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA CIENCIA, TECNOLOGIA E INNOVACION. RENA. Tomado de internet: <http://www.rena.edu.ve/cuartaEtapa/psicologia/Tema13.html> 5 de febrero de 2013. Hora 8:00 p.m.

GONZÁLEZ-CASTELL, Adán carrizo. El respeto de la oralidad y los principios procesales en la Utilización de la videoconferencia para la obtención de pruebas en Materia civil en la unión europea. Consultado en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp3car.pdf> marzo 10 de 2014 hora: 7:00 p.m.

GONZALEZ, Manuel Richard. Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español, Universidad de Valencia,

Valencia. Tomado de internet:
<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp9rich.pdf> 6 de febrero
 de 2013 Hora 9 a.m.

INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO, AMBIENTE Y SALUD ISTAS. La prueba
 pericial y el perito. Tomado de internet:
http://formacion.istas.net/ficheros/curso777/Peritaje_UDAD2.pdf 16 de mayo
 de 2014 Hora 9:30 p.m.

IBAÑEZ, Máximo. La prueba pericial: La pericia documentológica en el
 proceso judicial penal. Tomado de internet:
<http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2002/01-Sociales/S-035.pdf> 17
 de mayo de 2014 Hora 9:20 a.m.

LINARES AVILEZ, Daniel. El principio de contradicción en materia cautelar,
Revista Actualidad Jurídica 178 (Septiembre 2008). Tomado de internet:
[http://www.daniellinaresavilez.com/?tag=el-principio-de-contradiccion-en-](http://www.daniellinaresavilez.com/?tag=el-principio-de-contradiccion-en-materia-cautelar)
 materia-cautelar. 6 de abril de 2013 Hora 3:p.m.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Teoría de la prueba. Tomado de:
[http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1ece793776efd4](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1ece793776efd47/Teor%C3%ADa+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f79058004678c1b1a1ece793776efd47)
 7/Teor%C3%ADa+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f7905800
 4678c1b1a1ece793776efd47. Consultado el 17 de febrero de 2015. 9:35
 p.m.

OTEIZA, Eduardo. El Fracaso De La Oralidad En El Proceso Civil Argentino.
Revista Electrónica Temas Atuais Processo Civil. Tomado de internet en:
[http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/51-v1-n-4-](http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/51-v1-n-4-outubro-de-2011-/150-el-fracaso-de-la-oralidad-en-el-proceso-civil-argentino)
 outubro-de-2011-/150-el-fracaso-de-la-oralidad-en-el-proceso-civil-argentino
 Septiembre 18 de 2013 hora: 8:00 p.m.

PEREIRA CAMPOS, Santiago. Ponencia "El Principio de Inmediación en el Proceso por Audiencias: Mecanismos Legales para Garantizar su Efectividad". Tomado de internet: www.uv.es/ripj/11sant.htm 31 de octubre de 2013. Hora 3:00 p.m

POLANCO BRAGA, Elías. La prueba pericial en el procedimiento penal. Tomado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/8/cnt/cnt7.pdf>, 8 de febrero de 2015 Hora 11:54 a.m.

RANE, Roberto. Principio de Bilateralidad o Contradicción. Revista La Ley. 2011 Tomado de internet. www.acaderc.org.ar/.../principio-de-bilateralidad-o-contradiccion/at.../fil..Lotayf Consultado el 16 de septiembre de 2013. 3:40 p.m.

RETANA GOROSTIZAGOIZA David Fernández. El dictamen pericial de parte una década después de la entrada en vigor de la actual ley de enjuiciamiento civil

Tomado de internet: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2758/documento/art04.pdf?id=2545> febrero 11 de 2015 hora 7:00 p.m.

ROBLEDO HERNÁNDEZ, Teresa Carina. La prueba pericial "Observaciones sobre algunas reformas desacertadas y otras convenientes". Instituto de formación de los servidores públicos del Consejo del Poder Judicial del Estado de Guanajato, 2009 pp. 4-8. Tomado de: <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/2encuentro/LIC.%20TERESA%20CARINA%20ROBLEDO%20HERN%C3%81NDEZ.pdf>. Consultado el 15 de febrero de 2015. 10:20 p.m.

ROJAS QUIÑONES, Sergio. Código General del Proceso: Aciertos y Vicisitudes de un Nuevo Régimen de Pruebas –Especial Comentario a la Propuesta de Reforma Frente a la Prueba Documental y la Prueba Pericial. Tomado de internet: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/15codigogeneraldeproceso_000.pdf 2 septiembre de 2013 Hora. 8.00 p.m.

TARUFFO, Michele. Revista *Ius et Praxis*, 12 (1): 69 - 94, 2006. I. Artículos De Doctrina. El proceso civil de "civil law": Aspectos Fundamentales * Artículo publicado en el año 2001 por la Revista "Il Foro italiano", también recogido en el libro "Sui confini: Scritti sulla giustizia civile" (Il Mulino, Bologna, 2002). Traducción Dr. Diego Palomo Vélez de la Universidad de Talca

TARUFFO, Michele. Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil (versión abreviada) Tomado de internet: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf> 30 de octubre de 2013. Hora 3.p.m.

14. ANEXOS

Fichas Bibliográficas

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 01	AUTOR (Traductor): BERMUDEZ MUÑOZ MARTÍN
	TITULO DEL TEXTO: DEL DICTAMEN JUDICIAL AL DICTAMEN DE PARTE
	CIUDAD: BOGOTÁ-COLOMBIA
	EDITORIAL: NET EDUCATIVA EDITORIAL
	AÑO DE PUBLICACION 2012
	PÁGINAS TOTALES: 267
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “(i). Cuando una parte allega al proceso el concepto de un perito, está ejerciendo su derecho de demostrar o, mejor, de confirmar una afirmación necesaria para obtener la consecuencia jurídica prevista en la norma.</p> <p>(ii). La parte, con otros medios de prueba, ejerce su derecho de acreditar la existencia de determinados hechos; y con el dictamen pericial de parte ejerce el derecho de confirmar una afirmación hecha por ella misma, que comparta la valoración de hechos anteriores.</p> <p>(iii). Si el juez encuentra que la opinión plasmada en el dictamen presentado está adecuadamente fundamentada, es coherente y exhaustiva concluirá que la parte confirmó su afirmación o accederá a su pretensión; si llega a la conclusión contraria deberá rechazarla en aplicación de la regla de la carga de la prueba.” Pág. 50</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Dictamen, Coherencia, Opinión.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 02	AUTOR (Traductor): BERMUDEZ MUÑOZ MARTÍN
	TITULO DEL TEXTO: DEL DICTAMEN JUDICIAL AL DICTAMEN DE PARTE
	CIUDAD: BOGOTÁ-COLOMBIA
	EDITORIAL: NET EDUCATIVA EDITORIAL
	AÑO DE PUBLICACION 2012
	PÁGINAS TOTALES: 267
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “(i). Con esta perspectiva y partiendo de que con base en el artículo 29 de nuestra constitución política, el derecho de probar forma parte del derecho fundamental al debido proceso, creemos que el dictamen con perito judicial o perito designado por el juez no puede considerarse como un medio de prueba, porque no le permite a la parte acreditar las afirmaciones relativas a valoraciones técnicas, científicas o artísticas.</p> <p>(ii). Cuando la parte requiere un dictamen de opinión para confirmar una afirmación que requiera la valoración de hechos con conocimientos específicos de esta naturaleza, la posibilidad de solicitar la designación de un perito para que rinda un dictamen no puede calificarse como un medio de prueba que le permita ejercer su derecho a probar. La posibilidad de solicitarle al juez la designación de un perito no puede considerarse como un medio de prueba que, en un proceso adversarial regido por el principio de la carga de la prueba, le permita a esa parte cumplir con la carga de acreditar su afirmación.” Pág. 47</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Debido Proceso, Medio de prueba, Valoración.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 03	AUTOR (Traductor): PEDRO MARÍA GARCIANDIA GONZALEZ
	TITULO DEL TEXTO: LA ORALIDAD EN LA PRUEBA PERICIAL:EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DEL PERITO EN JUICIO A LA LUZ DE LA DOCTRINA EN LAS AUDIENCIAS
	CIUDAD: LOGROÑO-ESPAÑA
	EDITORIAL:
	AÑO DE PUBLICACION 2008
	PÁGINAS TOTALES: 11
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “Hace ya más de tres décadas señalaba Chiovenda que “la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente”¹. Sin desmerecer el acierto de las palabras del maestro italiano, que tienen plena vigencia también en la actualidad, en nuestro particular criterio, la oralidad, lejos de constituir una suerte de principio-tótem del procedimiento, tiene como única virtualidad la de proporcionar una mayor facilidad que la escritura para lograr que los sujetos del proceso se relacionen.” Pág. 1</p>	

MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA		PALABRAS CLAVES Proceso Oral, Justicia, Economía, Prontitud.
RÉSUMEN	<input type="checkbox"/>	
1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto		
TEXTUAL	<input checked="" type="checkbox"/>	
2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae		
COMENTADA	<input type="checkbox"/>	
3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)		
OBSERVACIONES:		

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 04	AUTOR (Traductor): FERRER BELTRAN JORDI
	TITULO DEL TEXTO: LA VALORACION RACIONAL DE LA PRUEBA
	CIUDAD: MADRID-ESPAÑA
	EDITORIAL: MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES
	AÑO DE PUBLICACION 2007
	PÁGINAS TOTALES: 176
DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: ““...Es común advertir que una justicia lenta no es justicia. Con ese aforismo se quiere señalar entre otras cosas, que es un interés jurídico primordial que la solución para las controversias se produzca en un plazo de tiempo razonablemente corto, de modo que se resuelva el conflicto social o personal subyacente y que no se alargue la inseguridad jurídica (JACKSON, 204: 125-127). Además si se tiene en cuenta la función de motivación de la conducta a la que se ha hecho referencia con anterioridad, se podrá decir también que cuanto más se dilate la aplicación judicial de las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para el caso en que se realice o se omita la conducta condicionante, menor será la motivación que la norma en cuestión será capaz de producir. Por todo ello, parece claro que el interés por la averiguación de la verdad, que por sí solo justificaría largas investigaciones (y quizás un proceso decididamente inquisitivo) debe ponderarse con el interés por una decisión adoptada en un corto lapso temporal.” Pág. 37	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Justicia lenta, Tiempo razonable, Inseguridad Jurídica.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 05	AUTOR (Traductor): JAVIER CAJAL ALONSO
	TITULO DEL TEXTO: LA PRUEBA PROCESAL EN EL PROCESO PENAL
	CIUDAD: VALENCIA-ESPAÑA
	EDITORIAL: VALENCIA EDICIONES REVISTA GENERAL DE DERECHO-ESPAÑA
	AÑO DE PUBLICACION 2000
	PÁGINAS TOTALES: 818 a 854
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “b) El informe pericial propiamente dicho integra la parte valorativa de la pericia, y en el mismo han de detallarse, normalmente por escrito, la descripción del objeto material en el estado en que se halle y las operaciones técnicas llevadas a cabo por los peritos y exponerse las conclusiones a las que éstos hayan llegado aplicando sus conocimientos especializados respecto a las cuestiones que les hayan sido solicitadas. Por ello se ha dicho que la pericia se estructura en silogismo, constituyendo los conocimientos especializados del perito la premisa mayor, el objeto de la pericia la premisa menor y el dictamen pericial su conclusión lógica. (61)” Pág. 819</p> <p>“Toda prueba pericial se estructura, básicamente, en dos elementos muy distintos: el acto pericial y el informe pericial.</p> <p>a) El acto pericial, terminología utilizada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los artículos 474, 476 y 477, integra lo que podría denominarse como parte perceptiva y descriptiva (60) de la pericia y se compone de diversas fases sucesivas. En primer lugar, el perito o peritos llevarán a cabo la observación, el reconocimiento y la descripción del objeto material de la pericia, es decir, del lugar, persona o cosa de que se trate <i>«en el estado o del modo en que se halle»</i> como señala el artículo 478.1.º.</p> <p>En segundo lugar, los peritos procederán a realizar las operaciones, estudios o análisis que sean necesarios, según las técnicas propias de su conocimiento especializado, a fin de poder conocer o valorar las cuestiones solicitadas por el juez o por las partes que constituyan objeto de la pericia, y a reseñar el resultado de dichas operaciones, como señala el apartado 2º del artículo 478.</p> <p>En tercer lugar, procederán los peritos a deliberar y formularán las conclusiones a las que hayan llegado <i>«conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte»</i>, tal y como disponen los artículos 481 y 478.3º.” Pág. 819</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Informe Pericial, Valoración, Acto Pericial, Técnicas, Conclusiones.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 06	AUTOR (Traductor): POPPER KARL R.
	TÍTULO DEL TEXTO: LA LÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
	CIUDAD: MADRID-ESPAÑA
	EDITORIAL: TECNOS
	AÑO DE PUBLICACION 1980
	PÁGINAS TOTALES: 447
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “La ciencia no es un sistema de enunciados seguros y bien asentados, ni uno que avanzase firmemente hacia un estado final. Nuestra ciencia no es conocimiento (episteme): nunca puede pretender que ha alcanzado la verdad, ni siquiera el sustituto de ésta que es la probabilidad.</p> <p>Pero la ciencia tiene un valor que excede al de la mera supervivencia biológica; no es solamente un instrumento útil: aunque no puede alcanzar ni la verdad ni la probabilidad, el esforzarse por el conocimiento y la búsqueda de la verdad siguen constituyendo los motivos más fuertes de la investigación científica.</p> <p>No sabemos: sólo podemos adivinar. Y nuestras previsiones están guiadas por la fe en Leyes, en regularidades que podemos des-cubrir —descubrir—: fe acientífica, metafísica (aunque biológicamente explicable). Como Bacon, podemos describir la propia ciencia contemporánea nuestra —«el método de razonar que hoy aplican ordinariamente los hombres a la Naturaleza»— diciendo que consiste en «anticipaciones, precipitadas y prematuras», y en «prejuicios».</p> <p>Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o «anticipaciones » nuestras, tan maravillosamente imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas: una vez que se ha propuesto, ni una sola de nuestras «anticipaciones» se mantiene dogmáticamente; nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino que, por el contrario, tratamos de derribarlas. Con todas las armas de nuestro arsenal lógico, matemático y técnico, tratamos de demostrar que nuestras anticipaciones eran falsas —con objeto de proponer en su lugar nuevas anticipaciones injustificadas e injustificables, nuevos «prejuicios precipitados y prematuros», como Bacon los llamó con gran mofa.” Págs. 259-260</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Ciencia, Verdad, Probabilidad, Lógica, Conjeturas.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 07	AUTOR (Traductor): JAVIER CAJAL ALONSO
	TÍTULO DEL TEXTO: LA PRUEBA PROCESAL EN EL PROCESO PENAL
	CIUDAD: VALENCIA-ESPAÑA
	EDITORIAL: VALENCIA EDICIONES REVISTA GENERAL DE DERECHO-ESPAÑA
	AÑO DE PUBLICACION 2000
	PÁGINAS TOTALES: 883
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “El Tribunal Supremo tiene declarado que no basta con una mera impugnación formal de dichos informes, que no es suficiente la impugnación meramente pasiva y, además, debe ser susceptible de tener relevancia para el fallo. Así, no vale tan sólo decir que se impugna la pericia oficial, sino que debe proponerse prueba al respecto a fin de practicarse en el juicio oral, proponiendo contraprueba o solicitando la presencia en el juicio de los autores de la pericial impugnada.” Pág. 842</p> <p><i>“En definitiva, no debe admitirse que, por el hecho de que la prueba pericial cuestionada no se haya practicado durante el acto del juicio oral, pueda afirmarse que la parte haya quedado privada de contradecir, en cuanto que durante el acto del Plenario, aquélla —perfecta conocedora del contenido del dictamen—pudo formular cuantas alegaciones tuviera por conveniente así como las alternativas que estimase pertinentes.”. Pág. 845</i></p> <p><i>“...en efecto, siendo la regla general que la prueba pericial se practique en el juicio oral, y siendo lo contrario excepción fundada en la aceptación expresa o tácita del informe obrante como documental en los autos, al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general despliegue toda su eficacia; por lo tanto podrá tanto pedir la comparecencia del perito, si así lo estima oportuno, como impugnar el dictamen documentado —aun sin necesidad de interesar la citación de quien lo emitió— si así lo considera mejor. En ambos casos, excluida la excepción que deriva de su posible aceptación, el peritaje debe practicarse en el juicio oral. El problema radica entonces en perfilar los términos de la impugnación: A este respecto debe significarse que no necesita motivarse explicitando las razones de la discrepancia o de la impugnación, y que en caso de motivarse, no deja de ser tal la impugnación, en tanto que por sí misma desmiente su aceptación tácita, cualquiera que sea la causa en que se apoye.” Pág. 847</i></p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Impugnación, Prueba Pericial, Juicio Oral, Dictamen documentado, Motivación.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 08	AUTOR (Traductor): MAURO CAPPELLETTI
	TITULO DEL TEXTO: ORALIDAD Y PRUEBAS EN EL PROCESO CIVIL
	CIUDAD: BUENOS AIRES-ARGENTINA
	EDITORIAL:
	AÑO DE PUBLICACION 1972
	PÁGINAS TOTALES: 482
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: "...la Revolución Francesa se preocupó por abolir el principio secreto de la enquéte, la primera obra relevante inspirada en el "principio de oralidad" se dio en Europa en los años 1848 y 1850 con el rígido y dogmático código de Hanover y por supuesto el código austriaco de Klein de 1895, inspirado en el ideal de la oralidad y en la dirección del proceso por parte del juez" Pág. 47</p>	

MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA		PALABRAS CLAVES
RÉSUMEN <input type="checkbox"/>		Revolución Francesa, Principio de oralidad.
1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto		
TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/>		
2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae		
COMENTADA <input type="checkbox"/>		
3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)		
OBSERVACIONES:		

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 09	AUTOR (Traductor): MAURO CAPPELLETTI
	TITULO DEL TEXTO: ORALIDAD Y PRUEBAS EN EL PROCESO CIVIL
	CIUDAD: BUENOS AIRES-ARGENTINA
	EDITORIAL:
	AÑO DE PUBLICACION 1972
	PÁGINAS TOTALES: 482
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: "...se convirtió absolutamente, en monopolio exclusivo cuando se impuso el principio <i>"quod non est in actis non est in mundo"</i>, o sea el principio de la inexistencia jurídica de los actos procesales no resultantes de las "actas" (escritos, protocolos de causa), y de la consiguiente nulidad insaneable de la sentencia no enteramente basada sobre tales actos escritos."</p> <p>Pág. 35</p>	

MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA		PALABRAS CLAVES Inexistencia, Escritos, Actos procesales, Nulidad.
RÉSUMEN	<input type="checkbox"/>	
1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto		
TEXTUAL	<input checked="" type="checkbox"/>	
2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae		
COMENTADA	<input type="checkbox"/>	
3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)		
OBSERVACIONES:		

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº	AUTOR (Traductor): VICTOR FAIRÉN GUILLÉN
10	TÍTULO DEL TEXTO: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL
	CIUDAD:
	EDITORIAL: UNAM-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICA
	AÑO DE PUBLICACIÓN 1992
	PÁGINAS TOTALES: 401
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “El principio de oralidad moderno —puesto que fue el primero en aparecer en la historia-- en una legislación, corresponde a la <i>ZPO</i> austriaca de 1895, obra de Franz Klein. Él se mostró un decidido partidario de los principios de "oralidad" e "inmediación" (que van unidos, como se verá, <i>infra</i>), siempre que respondieran a su vez a las condiciones de "practicabilidad" (esto es, que fuera posible ponerlos en práctica, sin caer en corruptelas: lo cual precisaba una "infraestructura" de personal y de procedimiento adecuados) y de "adecuación" a las circunstancias de cada proceso: a fin de conseguir de ellos la "utilidad" de éste..” Pág. 401</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Oralidad, intermediación</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 11	AUTOR (Traductor): VICTOR FAIRÉN GUILLÉN
	TITULO DEL TEXTO: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL
	CIUDAD:
	EDITORIAL: UNAM-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICA
	AÑO DE PUBLICACIÓN 1992
	PÁGINAS TOTALES: 401
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “La única excepción, por ser «casi totalmente oral, y por ello mundialmente admirado, es el proceso ante el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Creado hace más de diez siglos, se ha mantenido “puro” y “útil”, sin corruptelas; pero hay un elemento escrito: para ejecutar la sentencia proferida oralmente, precisa de un “título ejecutivo”; esto es, un protocolo abreviado de la misma». Pág. 399</p>	

MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA		PALABRAS CLAVES Oral, Puro, Sentencia, Título Ejecutivo.
RÉSUMEN	<input type="checkbox"/>	
1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto		
TEXTUAL	<input checked="" type="checkbox"/>	
2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae		
COMENTADA	<input type="checkbox"/>	
3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)		
OBSERVACIONES:		

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 12	AUTOR (Traductor): MICHELE TARUFFO
	TÍTULO DEL TEXTO: LA PRUEBA, ARTICULOS Y CONFERENCIAS
	CIUDAD: SANTIAGO
	EDITORIAL: METROPOLITANA
	AÑO DE PUBLICACION 2009
	PÁGINAS TOTALES: 310
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “Dos ejemplos permitirán representar un discurso menos abstracto, y verificar la fiabilidad de la aproximación crítica que aquí se propone. El primer ejemplo atañe a la contraposición entre oralidad y escritura, según la cual el proceso de <i>common law</i> sería un proceso esencialmente oral, mientras que el proceso de <i>civil law</i> sería un proceso esencialmente escrito. Sin entrar aquí en el tema general de la contraposición de principios entre oralidad y escritura, debo señalar que la distinción entre proceso oral y proceso escrito nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de <i>common law</i> y proceso de <i>civil law</i>. Por una parte, de hecho, es fácil observar que: a) el proceso de <i>common law</i> considera numerosos actos escritos (probablemente no menos numerosos de aquéllos con los cuales se desarrolla un proceso de <i>civil law</i>), y esta tendencia ha ido reforzándose en la evolución más reciente; b) el proceso de <i>equity</i>, que por siglos ha representado un sector importantísimo del proceso inglés, y luego también del norteamericano hasta la fusión con el proceso <i>at law</i>, en la cual sin embargo han sido conservados numerosos aspectos del proceso <i>in equity</i>, era un proceso escrito. El empleo de pruebas escritas, además, no es menos frecuente en el <i>common law</i> que en el <i>civil law</i>, a pesar de profundas diferencias que atañen a otros aspectos del derecho probatorio.” Pág. 231</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>4. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>5. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>6. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Common law, oralidad, escritura, civil law, equity.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 13	AUTOR (Traductor): MICHELE TARUFFO
	TRADUCTOR: DIEGO PALOMO VÉLEZ
	REVISTA: "IL FORO ITALIANO"
	TITULO DEL TEXTO: EL PROCESO CIVIL DE "CIVIL LAW": ASPECTOS FUNDAMENTALES
	CIUDAD: SANTIAGO
	EDITORIAL: METROPOLITANA
	AÑO DE PUBLICACION 2006
	PÁGINAS TOTALES: 69 - 94
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “Los últimos decenios han entonces visto verificarse varias crisis de los modelos a los cuales tradicionalmente se reconducía la distinción entre sistemas procesales de <i>common law</i> y de <i>civil law</i>. Las transformaciones que se han verificado, y que en muchos aspectos están todavía en curso en numerosos ordenamientos, han provocado una clara fragmentación de los viejos esquemas y han dado lugar a múltiples fenómenos de "recomposición" del derecho procesal a través del complejo juego de interferencias entre sistemas diversos, circulaciones de modelos y trasplantes de instituciones de la naturaleza más variada. Se trata de fenómenos extremadamente complicados y de difícil interpretación, puesto que además están todavía <i>in progress</i> y no se vislumbra un momento conclusivo (admitiendo que en las transformaciones de los sistemas jurídicos, y de los procesales en particular, haya una conclusión). Lo único que se puede afirmar de un modo relativamente seguro es que los habituales y cómodos modelos descriptivos, que pretendían representar esquemáticamente las características fundamentales de los procesos de <i>common law</i> y de <i>civil law</i>, aparecen claramente superados y no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos.” Pág. 69 - 94</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Common law, civil law, Modelos descriptivos.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 14	AUTOR (Traductor): MICHELE TARUFFO
	TRADUCTOR: ESTHER MONZÓ
	TÍTULO DEL TEXTO: LA ORALIDAD Y ESCRITURA COMO FACTORES DE EFICIENCIA EN EL PROCESO CIVIL
	CIUDAD: CASTELLÓN
	EDITORIAL: UNIVERSITAT JAUME I
	AÑO DE PUBLICACION: SIN DATOS
	PÁGINAS TOTALES: 14
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “Como ya se ha dicho, la oralidad puede ser una forma eficiente para la práctica de las pruebas cuando se cumplen dos condiciones principales (además del contacto directo del juez de los hechos con las fuentes de prueba): la concentración y la resolución inmediata al final de la última vista. La concentración del proceso, y en especial de la práctica de las pruebas, resulta indispensable para preservar el carácter oral de las pruebas. Ésta es la razón principal por la que los sistemas procesales orientados a poner en práctica el principio de la oralidad de las pruebas disponen una vista única y concentrada en la que deben practicarse sin interrupción todas las pruebas orales. Esto suele ocurrir tradicionalmente en los sistemas procesales del Derecho consuetudinario, pero no siempre sucede en la mayoría de los sistemas de Derecho civil (como Alemania y España, entre otros), en los que las pruebas deberían practicarse en una misma vista.</p> <p>No obstante, en algunos sistemas, la práctica de las pruebas no se concentra: Italia se encuentra en los muchos ejemplos de esta situación. El hecho es que las pruebas se practican a lo largo de distintas vistas, con largas demoras (de meses, sino años) entre unas y otras: el proceso prosigue a plazos, de modo que cuando hay que interrogar a diez testigos pueden necesitarse tres o cuatro vistas y, quizá, un par de años. Sólo cuando el legislador pretende poner en práctica el principio de oralidad de un modo eficaz, sobre todo en aras de la velocidad, la norma es que todas las pruebas se presenten en una única vista concentrada: el ejemplo paradigmático, en el sistema italiano, lo ofrece el proceso laboral.” Pág. 10.</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Práctica de las pruebas, Concentración, Principio de Oralidad, Proceso.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p> <p>Tomado de internet: 30 de octubre de 2013. Hora 3.p.m. http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 15	AUTOR (Traductor): MICHELE TARUFFO
	TITULO DEL TEXTO: LA PRUEBA DE LOS HECHOS
	CIUDAD: MADRID
	EDITORIAL: TOTTA
	AÑO DE PUBLICACION: 2005
	PÁGINAS TOTALES: 544
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “Además, debe subrayarse que sólo en el ámbito de la Concepción de la prueba como instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos puede encontrarse una confirmación coherente de la ideología que más arriba se ha definido como legal-racional de la decisión judicial, con todo el conjunto de garantías que se vinculan con ella. En efecto, no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es necesaria para una correcta aplicación de la norma. Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera.” Pág. 86.</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Prueba, Hechos, Legalidad, Justicia, Corrección, Racional.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 16	AUTOR (Traductor): MICHELE TARUFFO
	TÍTULO DEL TEXTO: LA PRUEBA DE LOS HECHOS
	CIUDAD: MADRID
	EDITORIAL: TOTTA
	AÑO DE PUBLICACION: 2005
	PÁGINAS TOTALES: 544
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “Por otra parte, el fenómeno cada vez más relevante y frecuente del uso de «pruebas científicas» demuestra que no sólo no hay impermeabilidad alguna entre la determinación judicial de los hechos y el uso de metodologías científicas, sino que cada vez es más habitual que los hechos sean determinados científicamente en el proceso. Permanece así inalterable el carácter de específica «cientificidad» de la prueba, derivado del hecho de que ésta supone el uso de métodos y conocimientos que trascienden el saber del hombre medio , pero esto no impide que corresponda en todo caso al juez servirse de esas pruebas particulares en la determinación de los hechos. Se plantea entonces el problema de cómo puede el juez, típico «hombre medio» desde el punto de vista cultural, valorar racionalmente elementos de prueba que por definición van más allá de los límites de la cultura media Independientemente de cómo se resuelva este problema, resulta evidente que es menos dramático a medida que se reduce la distancia entre los que se forman las pruebas en cuestión. Debe observarse, por otra parte, que el juez no tiene necesidad de poseer todas las nociones y las técnicas que necesita el científico para producir la prueba, sino que le basta, más bien, con disponer de los esquemas racionales que le permitan establecer el valor de la prueba científica a los efectos de la determinación del hecho. Tampoco desde este punto de vista se produce una identidad de métodos entre el juez y el científico, sino un uso por parte del juez de instrumentos de análisis que permitan la valoración de pruebas producidas mediante métodos científicos.</p> <p>Así pues, si se va más allá de las toscas y banales contraposiciones basadas en ideas míticas del científico y en ideologías discutibles del papel del juez, son esencialmente dos los planos bajo los que se plantea sensatamente el problema de la relación entre la ciencia y la determinación judicial de los hechos.” Pág. 181.</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Prueba científica, Hechos, Métodos, Análisis, Valoración.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 17	AUTOR (Traductor): MICHELE TARUFFO	
	TITULO DEL TEXTO: LA PRUEBA DE LOS HECHOS	
	CIUDAD: MADRID	
	EDITORIAL: TOTTA	
	AÑO DE PUBLICACION: 2005	
		PÁGINAS TOTALES: 544
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “La noción habitual de prueba de la que se ha partido se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el «objeto» de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que «es probado» en el proceso.” Pág. 89.</p>		
<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>		<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Prueba, Verdad, Hechos relevantes, Cultura Jurídica.</p>

OBSERVACIONES:	
-----------------------	--

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº	AUTOR (Traductor): MICHELE TARUFFO	
18	TÍTULO DEL TEXTO: LA PRUEBA DE LOS HECHOS	
	CIUDAD: MADRID	
	EDITORIAL: TROTTA	
	AÑO DE PUBLICACION: 2005	
	PÁGINAS TOTALES: 544	
DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “Sin embargo, es necesario tener presente un factor importante: en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica.” Pág. 89.		
MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA <div style="margin-bottom: 20px;"> RÉSUMEN <input type="checkbox"/> </div> <div style="margin-bottom: 20px;"> 1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto </div> <div style="margin-bottom: 20px;"> TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/> </div> <div style="margin-bottom: 20px;"> 2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae </div> <div style="margin-bottom: 20px;"> COMENTADA <input type="checkbox"/> </div> <div> 3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.) </div>		PALABRAS CLAVES Verdad, Controversia, Hechos.

OBSERVACIONES:	
-----------------------	--

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 19	AUTOR (Traductor): OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
	TITULO DEL TEXTO: JUEZ DIRECTOR DEL PROCESO CIVIL
	CIUDAD: BOGOTA-COLOMBIA
	EDITORIAL: ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA
	AÑO DE PUBLICACION 2009
	PÁGINAS TOTALES: 115
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “La oralidad fue el primer sistema de juzgamiento con que contó la humanidad. Se funda en la necesidad de comunicar oralmente los actos del proceso, en la medida en que las partes, los terceros y el juzgador manifiestan de esa manera sus intenciones, esto es, supone de entrada una forma de manifestación de las voluntades.</p> <p>Mas no es ella, en sí misma y únicamente considerada, la que ofrece beneficio, pues no se gana mucho exponiendo vocalmente lo que puede expresarse también por escrito. Son los elementos con que ha de venir acompañada (sic) los que en verdad señalan un cúmulo de diferencias y remarcan los beneficios que, en celeridad, legitimidad y posibilidad de acierto, llegan con el sistema.” Pág. 79</p>	

MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA		PALABRAS CLAVES Oralidad, Actos, Voluntad, Escrito, Celeridad, legitimidad, Acierto.
RÉSUMEN	<input type="checkbox"/>	
1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto		
TEXTUAL	<input checked="" type="checkbox"/>	
2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae		
COMENTADA	<input type="checkbox"/>	
3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)		
OBSERVACIONES:		

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 20	AUTOR (Traductor): EDUARDO OTEIZA
	TITULO DEL TEXTO: EL FRACASO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL ARGENTINO
	CIUDAD: LA PLATA-ARGENTINA
	EDITORIAL:
	AÑO DE PUBLICACION
	PÁGINAS TOTALES: 14

DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “Entre los distintos autores que se han ocupado de la oralidad en Argentina destaco las opiniones vertidas por Peyrano, ya que además de tratar los argumentos a favor y en contra de incorporar prácticas con oralidad concluye que debe tenerse particularmente en cuenta la realidad a la que ella se aplica. En sus palabras la realidad manda en esta materia. Es cierto que la realidad continúa mandando a la luz de la experiencia de las reformas a las que fue sometido el proceso civil en Argentina. La cultura de los operadores del sistema y la falta de atención del Estado a las necesidades de la Administración de Justicia han contribuido a los sucesivos fracasos. También lo es que la crisis es muy aguda y que hay fuertes razones para materializar un cambio. La relevancia del derecho al debido proceso en un Estado Democrático debería instar la discusión sobre el modelo de proceso civil que logre garantizarlo. La necesidad de justificar el gasto en Justicia, como política pública que debe dar razones a la hora de explicar su propia eficiencia, en competencia con otros requerimientos, debería propiciar un cambio. Las ventajas en términos de seguridad jurídica y desarrollo económico también deberían ser un elemento convincente para auspiciar una reforma en la Administración de Justicia. De allí que la realidad, tan teñida de subjetividad como lo demostraron Kant y Lacan, más que un freno puede ser un desafío.” Pág. 14

MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA		PALABRAS CLAVES
RÉSUMEN <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Oralidad, proceso civil, Cultura, Estado Democrático, Modelo, Desafío.
1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto		
TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	
2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae		
COMENTADA <input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)		
OBSERVACIONES:		

FICHA ANÁLISIS DOCTRINA

Nº 21	AUTOR (Traductor): VICTOR FAIREN GUILLEN
	TITULO DEL TEXTO: TEORIA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL
	CIUDAD: MEXICO D.F.
	EDITORIAL: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
	AÑO DE PUBLICACION 1992
	PÁGINAS TOTALES: 607
<p>DESCRIPCIÓN DEL TEXTO: “El principio de oralidad moderno —puesto que fue el primero en aparecer en la historia-- en una legislación, corresponde a la <i>ZPO</i> austriaca de 1895, obra de Franz Klein. Él se mostró un decidido partidario de los principios de "oralidad" e "inmediación" (que van unidos, como se verá, <i>infra</i>), siempre que respondieran a su vez a las condiciones de "practicabilidad" (esto es, que fuera posible ponerlos en práctica, sin caer en corruptelas: lo cual precisaba una "infraestructura" de personal y de procedimiento adecuados) y de "adecuación" a las circunstancias de cada proceso: a fin de conseguir de ellos la "utilidad" de éste.” Pág. 401</p>	

<p>MARCAR CON UNA X EL TIPO DE FICHA</p> <p>RÉSUMEN <input type="checkbox"/></p> <p>1. Si la ficha es de resumen debe consignar las ideas principales, secundarias y conclusiones del texto</p> <p>TEXTUAL <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>2. Si la ficha es textual debe incluir la cita entre comillas y precisar la página de donde se extrae</p> <p>COMENTADA <input type="checkbox"/></p> <p>3. Si la ficha es comentada además de la cita textual debe realizar el comentario (remisión a otro texto, a una norma, a una sentencia, comparación con ideas de otro autor, precisión conceptual, etc.)</p>	<p>PALABRAS CLAVES</p> <p>Historia, Oralidad, Inmediación, Practicabilidad.</p>
<p>OBSERVACIONES:</p>	